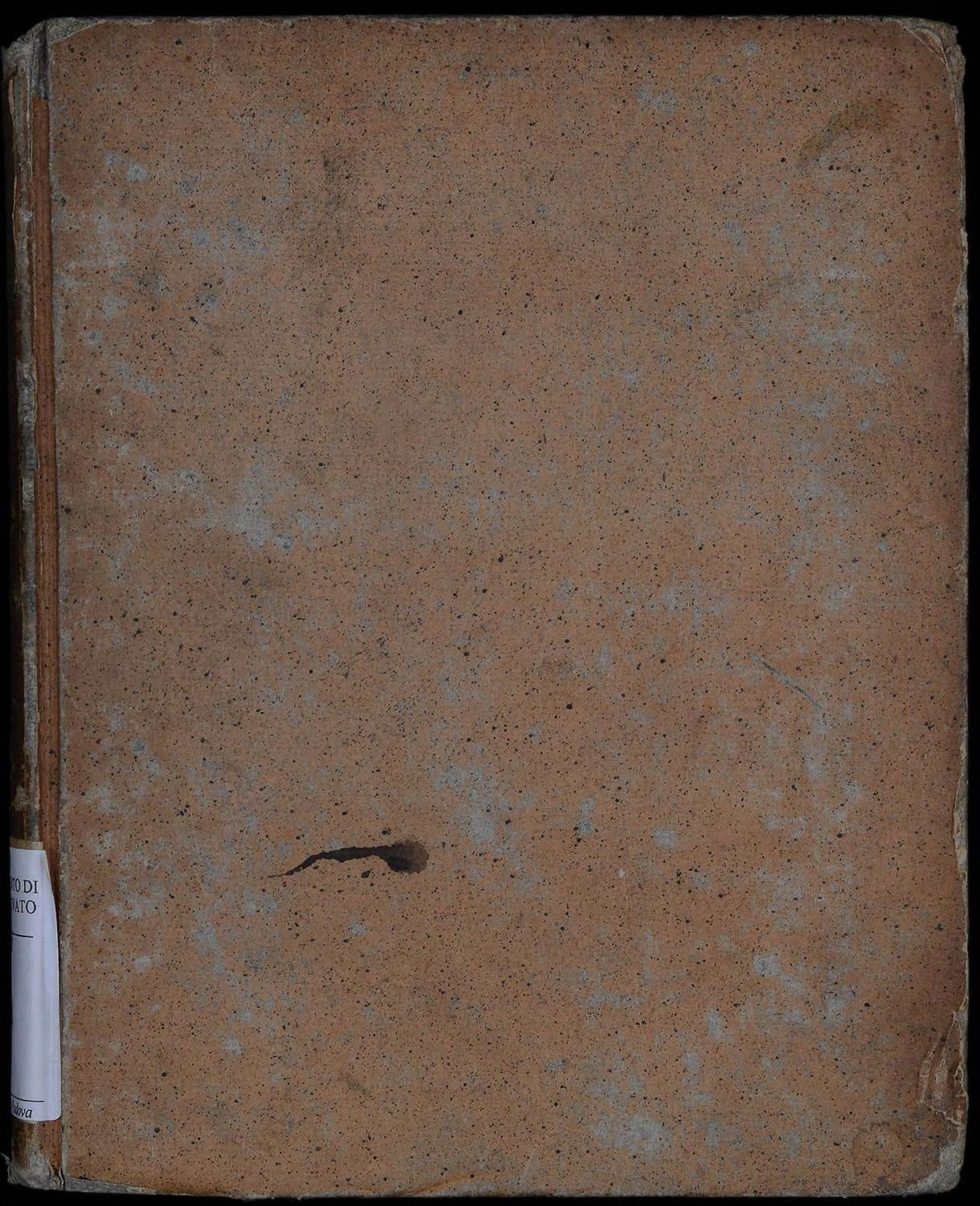
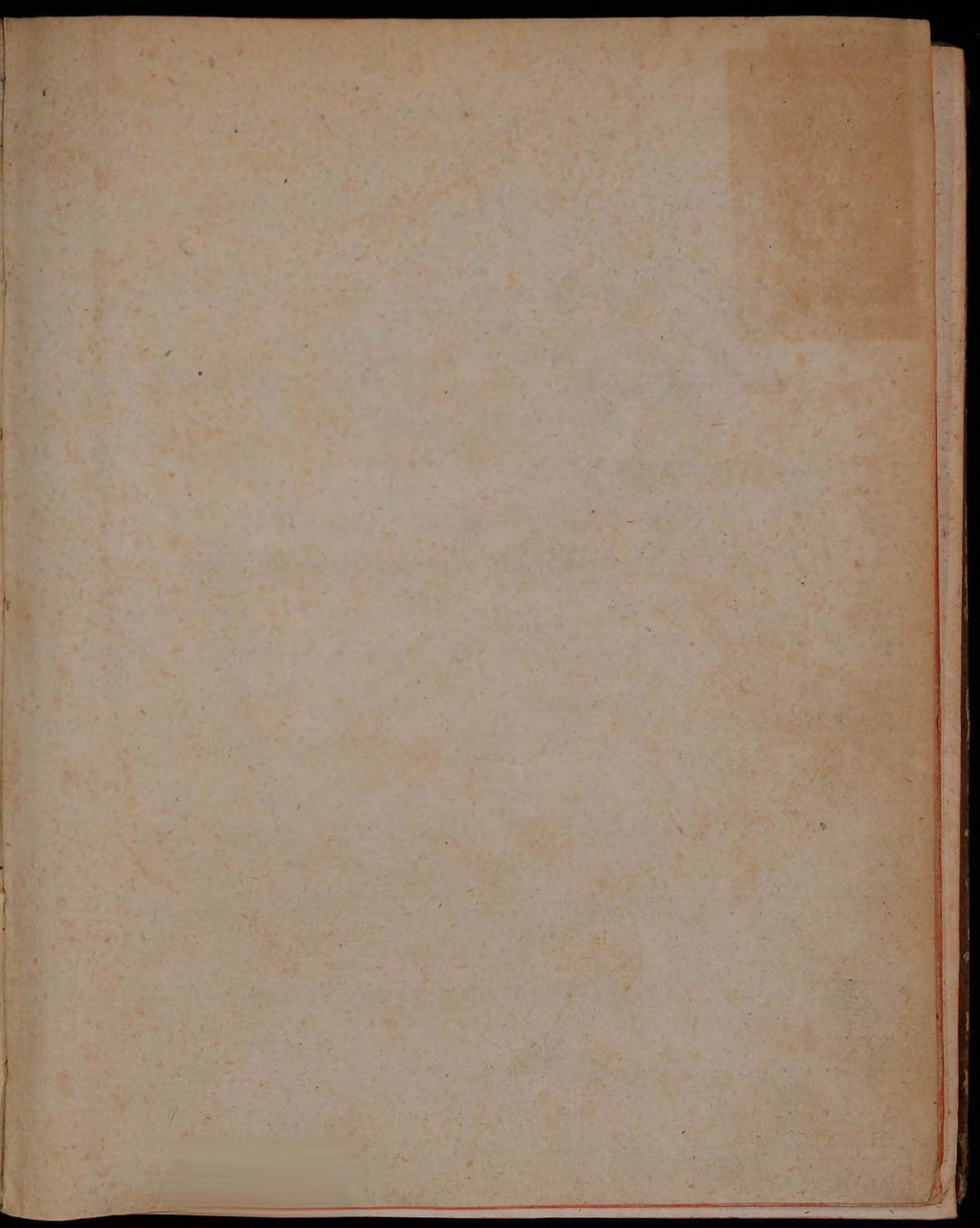
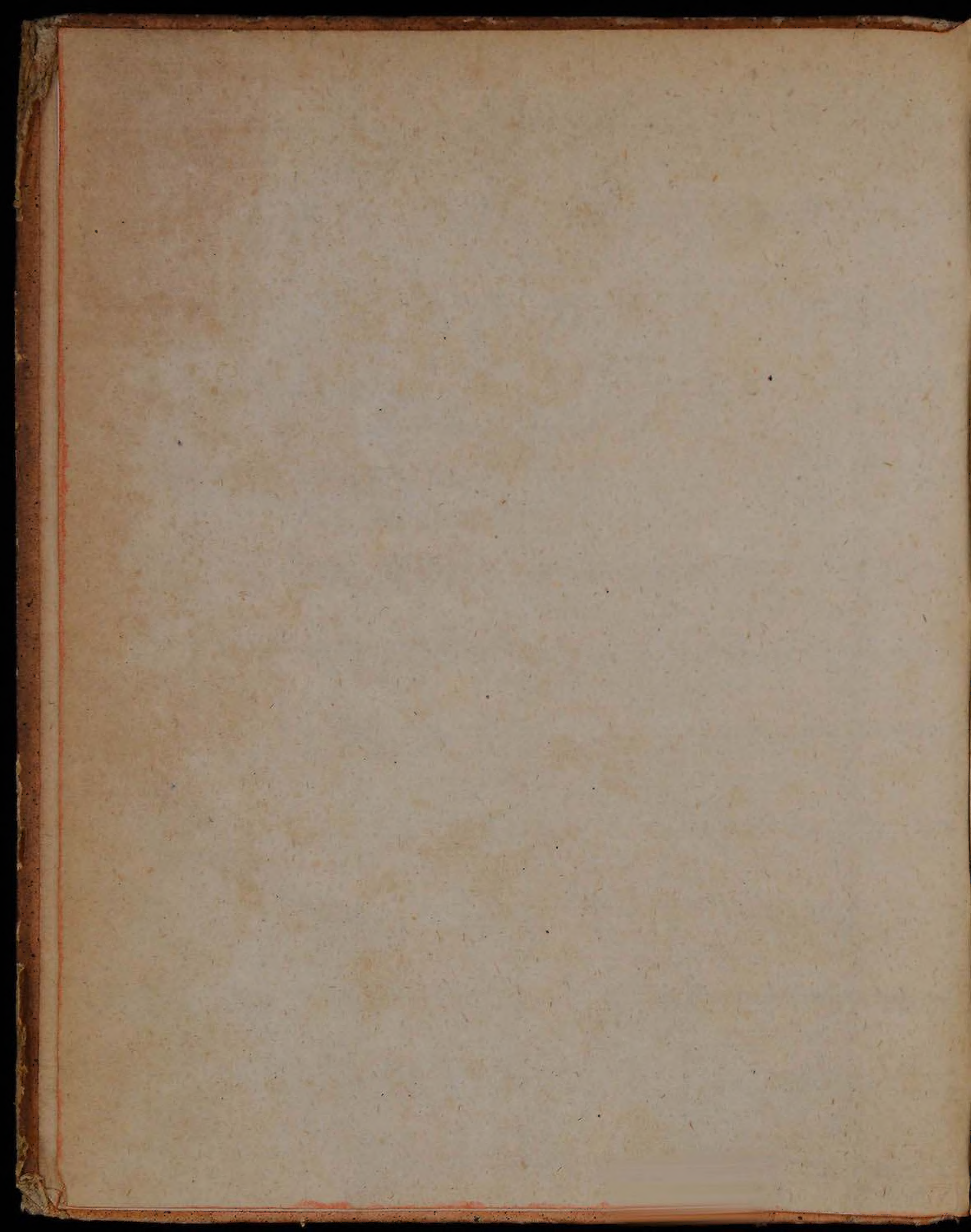






Friedrich von Bülow's

und

Dr. Theodor Hagemann's

Königlich Großbritannischen und Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen Oberappellations-Räthe

practische Erörterungen

aus allen Theilen

der Rechtsgelehrsamkeit,

hin und wieder

mit Urtheils-Sprüchen des Zelleschen Tribunals

und

der übrigen Justizhöfe

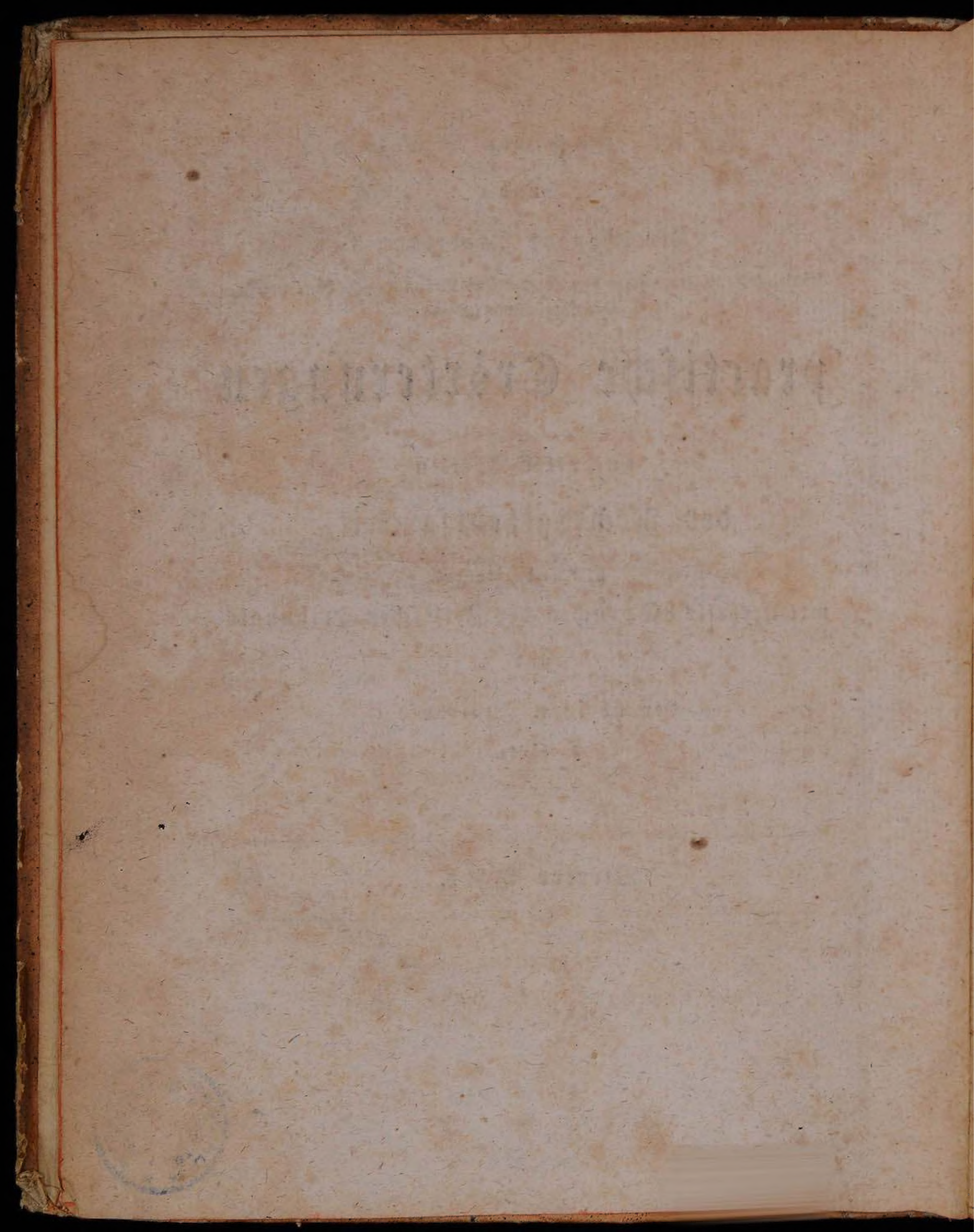
bestärkt.

Vierter Band.

Hannover,

bei den Gebrüdern Hahn. 1804.





Verzeichniß der Erörterungen.

* 2 IX.



XXVII.

XXXVIII.

XLVII.

Seite

I. Erörterung.

Einige Beyträge zum Mühlenrechte.

I.

Das Recht, Wasser- oder Windmühlen zu erbauen, ist an und für sich kein ausschließliches Hoheitsrecht; vielmehr kann ein jeder dasselbe an seinen eigenthümlichen Bächen und Gewässern, oder auf seinem Grunde und Boden, frei ausüben. Durch ausdrückliche Landesgrundgesetze, oder ein allgemeines Landesherkommen, ist indeß diese, in der natürlichen Freiheit liegende, Befugniß hin und wieder an die landesherrliche Einwilligung und Erlaubniß gebunden a).

2.

a) Runde deutsches Privatrecht, §. 103. Häberlin Handb. des teutschen Staatsr., §. 376. v. Berg Policeyrecht, B. 3, Seite 466.

2.

Im Fürstenthum Calenberg ist es durch den Gandersheimschen Landtagsabschied b) und im Herzogthum Lauenburg durch die Verordnung Herzogs August vom 22. Dec. 1626 c), in den Herzogth. Bremen und Verden hingegen durch ein Herkommen d) festgesetzt, daß Niemand, ohne vorgängige ausdrückliche Erlaubniß des Landesherrn, eine Wasser- oder Windmühle, es sey zum öffentlichen oder Privatgebrauch, anlegen darf e). Nach dem Calenbergischen L.A. soll insonderheit noch eine Untersuchung darüber angestellt werden: ob die intendirte Anlegung einer neuen Mühle den bereits vorhandenen Mühlen schädlich oder unschädlich ist? Im ersten Falle verhindert, gegen die Regel, selbst ein bloßes lucrum cessans der benachbarten Mühlenbesitzer die Anlage der neuen Mühle f); im letzten Falle hingegen pflegt die Erlaubniß gegeben zu werden. Ob indeß aus dem erwähnten L.A., oder daraus, daß auch in oberlandespoliceylicher Rücksicht g), die willkührliche Anlegung einer neuen Mühle, selbst auf Privatgrund und Boden

b) vom 10. Oct. 1601, art. 15. a Pufendorf, Tom. 1, obs. 226. Struben rechtl. Bedenk., Th. 5, B. 21.

c) Reinharth de eo, quod circa molendinorum exstructionem atque bannum, inprimis in terris Br. Luneb. iustum est §. 53.

d) a Pufendorf Tom. 2, obs. 45 u. Tom. 4, obs. 232. Reinhart l. c. §. 43 u. 51.

e) von dem Mühlenrechte im Fürstenthum Grubenhagen und in der Grafschaft Hoya s. m. Struben rechtl. Bedenk. Th. 2, B. 40, u. Th. 5, B. 85.

f) a Pufendorf Tom. 1, obs. 226, §. 1. Struben Th. 5, B. 21.

g) Häberlin a. a. O. v. Berg a. a. O.

den und an Privatgewässern, oder nur zum eigenen Gebrauche, aus besondern Ursachen wohl untersagt werden darf, eine wirkliche Regalität des Mühlenrechts gefolgert werden kann? ist nicht ganz ausser Zweifel. Wenn aber der Landesherr das Mühlenrecht als ein Regal behauptet, mithin die Ertheilung oder Verweigerung des Consenses von seinem Gutfinden abhängig hält, oder in oberlandespolicenlicher Rücksicht die Concession versagt: so gehört die Entscheidung der Sache, weder in dem einen noch andern Falle, wenigstens nicht vor die Landesjustizcollegien h), und hiernach hat auch das höchste Tribunal geurtheilt am 1. Jun. 1801 in Sachen Grätzel w. Bürgermeister und Rath zu Göttingen, in pto. eines zum eigenen Gebrauch angelegten Mahlganges.

3.

Im Fürstenthum Lüneburg finden sich zwar Verordnungen wider die Errichtung neuer Zwangmühlen i); aber über die Befugniß, neue Mühlen anzulegen, oder verfallne und in Abgang gekommne wieder herzustellen, ist in keinem Landesgesetze etwas ausdrücklich entschieden. Vermöge einer allgemeinen Landesobservanz hängt jedoch die Erbauung derselben zum öffentlichen und allgemeinen, oder zum Gebrauch für das Publicum, auch im Fürstenthum Lüneburg von der Einwilligung des Landesherrn ab, und zwar ohne Unterschied, ob die Anlage derselben an öffentlichen Flüssen, oder gemeinschaftlichen Gewässern, an Privatbächen und auf eigenem Grund und Boden geschiehet. In ältern und spätern Zeiten sind dergleichen Concessionen bey der Landesherrschaft nachgesucht, und von derselben entweder bewilligt, oder versagt wor-

h) pract. Erörterungen B. 1, Nro. 46. Hannöversches Magazin v. J. 1763, Stück 35.

i) v. J. 1686 u. 1696. in Corp. Const. Cell. cap. 9, nro. 10.

worden. Schon im Jahr 1465 ertheilte Herzog Otto den Gebrüdern von Müden und Herzog Heinrich im Jahr 1504 zur Erbauung der Wietzer-Mühle, auch im Jahr 1517 zur Anlegung einer Mühle bey Bleckmar, Concession k). Im Jahr 1609 ward vom Herzog Ernst den Gebr. von Hödenberg die Anlage einer Windmühle vor Hudemühlen gestattet; ferner ist im Jahr 1624 dem von Bülow zu Essenrode, und 1643 dem von Mahrenholz zur Dieckhorst, auf ihr Ansuchen, die Erlaubniß, eine Windmühle auf eigenem Grund und Boden zu erbauen, landesherrlich ertheilt. Zur Erbauung einer Grützmühle erhielten die Gebr. Lohmeyer zu Beetnermühlen im Jahr 1706 die fürstliche Concession. Dahingegen ward dem von Hedeman die nachgesuchte Einwilligung zur Anlegung einer Wassermühle bey Schwarmstedt, mittelst königl. Rescripts vom $\frac{18}{19}$ Jul. 1718, und dem von Seebisch die Erbauung einer Windmühle zu Hohne, vermöge einer Regiminalresolution vom 16. Aug. 1737, abgeschlagen l). Siehet man ferner auf die von den hiesigen Landesgerichten in Mühlensachen befolgten Grundsätze, insonderheit bey Entscheidung der Frage: ob zur Erbauung einer neuen Mühle der landesherrliche Consens erforderlich sey? so hat man, wenn die Anlegung derselben an keinem öffentlichen, zum Staatseigenthume gehörigen Flusse, wo stets eine Erlaubniß des Landesherrn erforderlich ist, sondern an einem gemeinschaftlichen oder wirklichen Privatwasser und auf eigenem Grund und Boden unternommen ist, den Unterschied beobachtet: ob bey der Erbauung derselben nur der Privatgebrauch, mithin blos der eigene Hausbedarf, beabsichtigt wird, oder ob die Mühle für das Publicum, folglich des Mühlengewerbes wegen, angelegt werden soll? Im ersten Falle hat man

k) Reinhart l. c. §. 48.

l) Wir verdanken diese Nachrichten dem Herrn Cammer-Secretair Doctor Frankenfeld, der sie aus der Amts-Advocatur-Registratur gezogen und uns gefälligst mitgetheilt hat.

man die Anlage als eine res merae facultatis, der Regel nach, betrachtet, und solche von der Willkühr des Eigenthümers allein abhängig gehalten, insofern der Anlage nicht etwa ein Mühlenzwang entgegenstehet. Im letzten Falle hingegen ist zur Erbauung die landesherrliche Einwilligung, vermöge der dem Landesherrn zustehenden höchsten Oberaufsicht über das Mühlengewerbe, jedesmal erforderlich geachtet. Schon im Jahr 1720 hat die Zellesche Justizcanzley, in Sachen Anwaldes der Amtsvoigtey Eicklingen w. den Landrath von der Wense, in pto. novi operis, nach diesen Grundsätzen gesprochen m), und noch neuerlich, am 8. Mai 1799, in Sachen Anwaldes königl. Cammer w. den Cammermeister Schlemm, auf gleiche Weise dahin erkannt: Wenn gleich, so wie aller Orten, wo kein besonderes einschränkendes Herkommen erwiesen ist, so auch im Fürstenthum Lüneburg, es in eines jeden natürlicher Freiheit beruhet, auf einem ihm Kraft völligen Eigenthums, oder iure dominii vtilis zugehörenden Grunde und Boden, ohne landesherrliche Concession eine Mühle zum Privatgebrauch, Behuf eigenen Haushaltes, zu erbauen; Nachdem jedoch solche Befugniß sich auf die vom Beklagten bezielte Anlegung neuer Mühlen, zum öffentlichen Betriebe des Mühlengewerbes, keinesweges erstreckt; vielmehr dazu die landesherrliche Bewilligung allerdings erforderlich ist, daß aber die Eingesessenen zu Ahlten und unter solchen die Eigenthümer des Schlemmschen Fideicommißgutes, als zu den sogenannten Lüneburgischen Freyen gehörend, darunter eine besondere Berechtigung hergebracht, mit nichts erwiesen worden; hiernächst, wenn auch Beklagter, daß in entfernten Zeiten auf der von der Kirche zu Ilten den Besitzern des jetzt Schlemmschen Gutes zu Erbenzinsrecht verliehenen sogenannten Mühlenstätte, eine Windmühle erbauet gewesen, erweislich machen, dennoch solches denselben zu der Wiederaufbauung, nach einem unvordenklichen Nichtgebrauche, nicht berech-

m) Reinhart l. c. §. 49, not. 2.

berechtigen könnte, zumal der an vorgedachte Kirche jährlich nur mit 4 gl. zu entrichtende geringe Hofzins, bey gänzlich darüber fehlendem Beweise, nicht als ein für Verleihung des Mühlenrechtes, sondern blos als ein, für den Platz der vormaligen Mühlenstätte, bedungener Canon angesehen werden mag; daß daher Beklagter, falls er nicht die vorhin versagte Concession annoch auszuwirken vermöchte, die vor dem Dorfe Bilm erbauete Windmühle wieder abzubrechen, auch Klägern allen durch deren Vorrichtung und das darin betriebene Mühlengewerbe, etwa erweislich zugefügten Schaden, zu vergüten schuldig.

Diese Gründe scheinen zum Beweise der, im Fürstenthum Lüneburg, üblichen Landesobservanz, Kraft welcher zur Anlegung einer Mühle zum öffentlichen Gebrauch, es sey an einem gemeinschaftlichen oder Privatwasser und auf eigenem Grunde und Boden, die landesherrliche Einwilligung erforderlich ist, völlig hinzureichen. Ist aber die Concession zum Mühlenbau einmal ertheilt, so giebt das bloße lucrum cessans der benachbarten Müller, in dem hiesigen Fürstenthum, derselben kein Widerspruchsrecht; wenn ihre Mühlen nicht etwa mit einem besondern Mühlenzwange versehen sind, oder sonst ein anderer rechtlicher Widerspruchsgrund eintritt n). Kann übrigens die Erbauung neuer Mühlen, landesgesetz- oder observanzmäßig, nicht ohne Consens des Landesherrn geschehen; so darf auch Niemand, aus völlig gleichem Grunde, ohne dessen besondere Erlaubniß, die einmal vorhandene Mühle in keine andere Mühlenart umschaffen, oder sie an einen andern Ort eigenmächtig verlegen. Dahingegen ist aber die Wiederaufbauung einer, seit mehrern Jahren verfallenen, Mühle, insofern das Mühlenrecht nicht etwa durch rechtsverjährten Nichtgebrauch erloschen ist,

n) a Pufendorf Tom. 2, obs. 45, §. 3. Westphal Privatrecht, Th. 2, nro. 53, §. 4.

ist, nicht an die landesherrliche Einwilligung o) gebunden, wenn kein entgegenstehendes Herkommen p) gezeigt werden kann.

4.

Zur Anlegung neuer Mahlwerke, Mahlgänge, Gerinne, (Grindel.) Vorhängung mehrerer Räder u. s. w. an einer bereits vorhandenen Mühle, ist in der Regel, und nach gemeinen Rechten, der Consens des Landesherrn nur in dem Falle erforderlich, wenn die Mühle an einem öffentlichen Flusse liegt; weil sich solcher im Staatseigenthume befindet. Im Fürstenthum Calenberg q) ist jedoch auch die eigenmächtige Vermehrung der Mahlgänge in einem besondern Landesgrundgesetze; im Herzogthum Bremen und Verden aber durch das Herkommen r) untersagt, und die Anlage derselben von der landesherrlichen Erlaubniß abhängig gemacht. In den übrigen Landesprovinzen bedarf es dazu keines landesherrlichen Consenses; vielmehr werden in solchen, bey dem Mangel eines besondern erweislichen Herkommens, die Vorschriften des gemeinen Rechts befolgt. In Gemäßheit derselben kann ein jeder, vermöge der natürlichen Freiheit, die auf seinem Grunde und Boden, oder an seinem Privatflusse im engern Sinne s), erbauete Mühle nach Willkühr äusserlich verbessern und mit neuen Rädern und Gängen vermehren. Ist aber der Fluß oder Bach, woran die

o) a Pufendorf Tom. 2, obs. 162. Denecke Dorf- und Landrecht, Resol. 1. Vergl. Glück im Commentar §. 110.

p) Von den Herzogth. Bremen und Verden bezeugt es Reinhart l. c. §. 51, not. 4.

q) Hannöverscher L.A. vom 3. Apr. 1639, nro. 9.

r) Reinhart l. c. §. 48.

s) pract. Erörterungen B. 1, nro. 3, §. 5.

die Mühle liegt, ein gemeinschaftliches Wasser, so kann die Anlegung eines neuen Mühlenrades und Gerinnes nur insofern geschehen, als den übrigen Mitinteressenten und Mühlenbesitzern daraus kein positiver Schaden, durch Stauung, Abgang, Entziehung oder Verhinderung des bisherigen Wasserganges und Wasserflusses, erwächst*). Die Zellesche Justizcanzley erkannte daher am 10. Nov. 1759 in Sachen Anwaldes des Amtes Hitzacker w. die Gebr. von Hitzacker zu Dötzingen, in pto. neu angelegten Gerinnes: daß der Amtsanwald der von Beklagten veranstalteten oder bereits unternommnen Anlegung eines zweiten Grindels und Wasserrades und der übrigen, sonst angegebenermaßen, bey ihrer Mühle gemachten Veränderungen, an und für sich selbst zu widersprechen keinesweges befugt, mithin die erhobene Klage in so weit billig für unstatthaft zu erklären sey; könnte und wollte jedoch Kläger binnen 6 Wochen rechtlicher Art noch darthun, daß durch die beklagter Seits, seinem Anführen nach, gemachten Neuerungen, insonderheit durch die angebliche Erhöhung des Wasserkastens, der benachbarten herrschaftlichen Sarchemmer Mühle ein wirklicher Schaden, nemlich eine Stauung oder ein Abgang und Entziehung des Wassers, verursacht würde; so wie ebenfalls Beklagten der Beweis ihres gleichmäßigen Vorbringens, daß sie durch die gegenseits bey der herrschaftlichen Mühle gemachten Veränderungen an ihrem Wassergange gehindert und sonst ihren Feldern Schaden zugefügt werde, vorbehalten bleibt; so ergehet weiter w. R. Fast auf gleiche Weise erkannte dieser Justizhof am 18. Sept. 1759 in Sachen Anwaldes des Amts Dannenberg w. den Dannenbergischen Müller Behrens zu Streetze, pto. novi operis dahin: daß vermöge des ad acta gebrachten Lehnbriefs das

*) In wiefern es einem Mühlenbesitzer erlaubt ist, aus einer unterschlächtigen eine oberschlächtige Mühle zu machen? davon sehe man Reinharth a. a. O. §. 49, n. 3.

das adelich Dannenbergische Haus mit der Mühle zu Streetze überhaupt beliehen worden, und dann so wenig dasselbe hierin auf einen Grindel t) eingeschränkt, als wenig implorantischer Anwald sonst einen rechtlichen Grund beygebracht, warum er dem Imploraten den willkührlichen Gebrauch solcher Mühle, mithin das unternommne Mahlen mit beyden Grindeln zu verwehren vermöchte; solchemnach derselbe mit seinem angemaßten Widerspruche billig abzuweisen, Implorat aber bey seiner wohlgegründeten Freiheit allerdings zu schützen sey.

5.

Ganz verschieden von den vorhin bemerkten, sind jedoch solche Veränderungen, welche blos in einer innern Verbesserung oder zweckmäßigern innern Einrichtung der Mühle bestehen, z. B. der Eigenthümer legt ein sogenanntes Sternrad mit vorgelegtem Zeuge an, oder er bedient sich Rheinischer Mühlensteine u. s. f. Zu dergleichen Verbesserungen, wodurch Jemand in den Stand gesetzt wird, von seinem Eigenthume und Gewerbe einen noch größern Vortheil zu ziehen, ist jeder, vermöge der natürlichen Freiheit, befugt, und es bedarf dazu überall keiner landesherrlichen Erlaubniß. Durch solche innern neuen Verbesserungen und vortheilhaftern mechanischen Einrichtungen wird auch der bisherige Wasserlauf weder aufgehalten und gestöhrt, noch verändert, mithin den andern benachbarten Mühlenbesitzern dadurch kein wirklicher Schaden zugefügt. Der besorgliche Abgang an Mahlgästen, oder das lucrum cessans, kann aber hierbey in gar keine Betrachtung kommen, weil die nachbarlichen Müller kein vollkommnes Recht haben, einen solchen ungewissen, zufälligen und unsichern Gewinn zu fordern

t) d. i. ein Gerinne, ein Mühlenrad.

dern u). Es gehören daher Mühlenverbesserungen solcher Art überall nicht in die Kathegorie der, in dem Gandersheimschen und Hannöverschen L.-A. verbotenen, willkührlichen neuen Mühlenveränderungen und Anlagen.

6.

Da ein kleines Versehen bey der Legung des Grund- oder Fachbaums und die dadurch hervorzubringende Aufstauung des Wassers für die benachbarten Ländereybesitzer und Anwohner die zerstörendsten Ueberschwemmungen veranlassen, oder doch den übrigen, an demselben Flusse befindlichen, Mühlen sehr nachtheilig werden kann; so ist kein Mühlenbesitzer befugt, den Grundbaum eigenmächtig neu zu legen, oder, wenn er abgängig geworden ist, für sich allein wieder zu befestigen und auszubessern. Sind gleich hierüber keine bestimmte Landesgesetze vorhanden, denn der Gandersheimsche und Calenbergsche L. A. dürften hierauf wohl schwerlich anzuwenden seyn; so erfordern doch nicht blos Policeyrücksichten, sondern selbst, wie man wohl annehmen darf v), ein allgemeiner Mühlengebrauch, zur Legung des Grundbaums die Zuziehung der Obrigkeit, Kunstverständiger und der benachbarten Mühlen-Interessenten. An einem gemeinschaftlichen Mühlenwasser darf insonderheit der Obermüller niemals den neu zu legenden Grundbaum, den sogenannten Erb- oder Zehrzoll abgerechnet, eigenmächtig

u) a Pufendorf Tom. 4, obs. 117. Glück a. a. O. §. 318 u. 332. Westphal a. a. O., S. 166.

v) Wenigstens behaupten fast alle Kunstverständigen und auch Rechtslehrer, daß der Grundbaum nicht eigenmächtig gelegt, verrückt oder verändert werden darf. Runde t. Privatrecht, §. 104. Danz Handb. des t. Privatrechts, §. 104. von Berg a. a. O., S. 467. Krünitz Encyclopädie, Th. 12, S. 5. Stü-

mächtig verändern, oder den alten, durch abgeheftete Leisten und das Gerinne, durch untergelegte Klötze, erhöhen. Denn durch eine solche Erhöhung würde derselbe allezeit ein stärkeres Gefälle erhalten, seine Mühlenwasserräder vergrößern können und dabey meistens doch nicht so viel Wasser consumiren, als vorhin. Es würde also, durch die Erhöhung des Fachbaums, wenigstens so viel Wasser dem Untermüller auf- und zurückgehalten werden, als der Obermüller durch die neue Anlage jetzt weniger zu seinem Mühlenbetriebe gebraucht. Wird jenem aber der Wasserzufluß, den er vorhin hatte, gehemmt, so muß er begreiflich auch so viel länger schütten und das Wasser sammlen, ehe er seine Mühle in Gang setzen kann. Hierdurch wird alsdann bewirkt, daß er seine Mahlgäste nicht so vollständig und geschwind befriedigen kann, als vorhin, und er erleidet mithin, wegen einer solchen Erhöhung, einen positiven Schaden und Verlust an seinem Einkommen und Vermögen. Unstreitig ist daher der Untermüller befugt, der eigenmächtigen Erhöhung des Fachbaums zu widersprechen, und von dem Obermüller die Abstellung einer solchen schädlichen Neuerung zu fordern. Das Königl. Oberappellat.-Gericht erkannte nach diesen Grundsätzen am 2. Febr. 1801 in Sachen Lindenberg w. Wedemeyer, in pto. Erhöhung des Grund- oder Mühlenbaumes, auf folgende Weise: daß dem Gesuche um so weniger zu deferiren, als hier von einem gemeinschaftlichen Bache die Rede, mithin conditio prohibentis melior sey, auch aus den Aussagen der Kunstverständigen sich ergäbe, daß dem Imploraten, wegen des durch die längere Schützungszeit veranlaßten Aufenthaltes seiner Mahlgäste, ein damnum positivum erwachse.

mer de Unternesselbach de litibus circa aquam in alveo molari componendis et cavendis. §. 8 seq. Westpfal a. a. O., S. 174.

7.

Liegt die Mühle an einem solchen Bache oder Flusse, woran mehrern ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht zustehet; so dürfen zwar diejenigen, deren Grundstücke das Gewässer berührt, durch Stauungen, Bewässerungen und Wasserableitungen keine, dem Mühlenbetriebe nachtheilige, Einrichtungen treffen, wenn sie kein solches vorzügliches oder stärkeres Benutzungsrecht darthun können, weil bey allen gemeinschaftlichen Objecten, deren Nutzen und Gebrauch nicht füglich getheilt werden kann, die bekannte Regel eintritt: in re communi vel pari melior est conditio prohibentis, quam disponentis. Aber aus demselben Grunde kann auch der Mühlenbesitzer, ohne sein stärkeres Recht zu zeigen, keinen uneingeschränkten, übermäßigen und dem Mitbenutzungsrechte der übrigen Interessenten nachtheiligen Wassergebrauch verlangen und fordern. Das Königl. Oberappellationsgericht hat nach diesem Grundsatze oftmals w) und noch neuerlich, am 30. Sept. 1801 in Sachen Kahle und Cons. wider Schwaare, in pto. Wasserstauens, dahin gesprochen: Nachdem derjenige Bach, an welchem sämmtliche Mühlen belegen sind, als ein solches Gewässer keinesweges anzusehen ist, worüber dem Appellaten eine uneingeschränkte Disposition zustehet; vielmehr besagter Bach sich in Gemeinschaft sämmtlicher Mühlenbesitzer befindet, so ist, mit Wiederaufhebung des gravirenden Erkenntnisses unseres Hofgerichts zu Stade vom 28. März 1798, der Appellat schuldig, sich aller dem Appellanten schädlichen Wiesenbewässerung zu enthalten; dagegen haben, nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, beide Theile Commissarios vorzuschlagen, um, mit Zuziehung einiger von beiden Theilen gleichfalls zu benennenden Kunstverständigen, eine solche Bestimmung festzusetzen, nach welcher dem Appellaten eine, dem Appellanten unnachtheilige, Bewässerung gestattet werden mag.

8.

w) pract. Erörterungen, B. 1, nro. 3 u. 4.

8.

Wenn an kleinen gemeinschaftlichen Bächen und Gewässern mehrere Mühlen liegen, so entsteht zuweilen, sonderlich bey trocknen und dürren Zeiten, ein Wassermangel, wodurch der Betrieb aller Mühlen, zugleich und auf einmal, unstreitig gehemmt werden kann. In solchen Fällen frägt es sich: ob der Obermüller, bey vorhandenem Wassermangel, den gemeinschaftlichen Mühlenbach stauen und das Wasser der Untermühle so lange entziehen darf, bis er zum Betriebe seiner Mühle den nöthigen Wasservorrath gesammlet hat? In der Regel wird diese Frage allerdings zu bejahen seyn. Der Obermüller begeht durch eine solche Stauung nichts Widerrechtliches, er bedient sich blos seiner Befugniß. Die natürliche Lage der Obermühle bringt ohnehin den ersten und nächsten Gebrauch des Wassers schon mit sich, sie mag früher oder später erbauet seyn, als die Untermühle. Sollte der Obermüller das Wasser zu seinem Mühlenbetriebe nicht sammlen dürfen, so würde man ihm einen Theil seines, in dem Wassergebrauche bestehenden, Eigenthums nehmen und absprechen. Das Stauungsrecht zur Zeit eines eingetretenen Wassermangels bedarf daher keines Beweises, weil es in der Natur der Sache selbst liegt. Behauptet aber ein Untermüller, daß der Obermüller, bey eigenem Wasserbedürfniß, nicht stauen dürfe, er vielmehr ihm das Mühlenwasser ohne Aufenthalt, zum Betriebe seiner Untermühle, zufließen lassen müßte; so ist er verbunden, diese Ausnahme von der Regel zu zeigen und sein ius prohibendi oder sein ius potius rechtlich zu erweisen. Indeß muß doch auch die Stauungsbefugniß ihre Grenzen haben. Der Obermüller darf, vermöge des gemeinschaftlichen Wassergebrauchs, das Wasser nicht nach seiner Convenienz und Willkühr sammlen und aufstauen. Man kann mit vielem und auch mit wenigem Wasser mahlen. Der Obermüller ist daher, bey eingetretenem Wassermangel, nur zu seiner Nothdurft zu stauen, mithin nur so viel Wasser zu samm-

sammlen befugt, als zum unentbehrlichen Betriebe seiner Mühle gewöhnlich erforderlich ist. Hat er so viel gesammlet, um seine Mühle in den gewöhnlichen Gang zu bringen, alsdann ist er verbunden, das Wasser entweder abzumüllern, oder durch die Freifluth fortstreichen zu lassen. Wie hoch er aber zu seiner Nothdurft, in trocknen Zeiten und bey einem concurrirenden Wasserbedürfniß, stauen darf? muß, allenfalls mit Setzung eines Staupfahls, durch Sachverständige ausgemittelt und regulirt werden.

Ist übrigens die obere Mühle etwa eine bloße Säge-, Grütz- oder Oehlmühle, die untere aber eine Mahlmühle, und es könnte, bey eintretendem Wassermangel, auch nur aus dem einstweiligen Stillstande der letztern für die Gegend und das Publicum ein Mehl- und Brodmangel erwachsen; so kann ohne Zweifel die Ausübung des Staurechtes, gegen eine hinlängliche Entschädigung für die dem allgemeinen Besten zu bringende Aufopferung, von Policey wegen dem Obermüller für die Zeit untersagt werden. In Erwägung dieser Gründe erkannte daher das Königl. Oberappellationsgericht am 31. März 1802 in Sachen Anwaldes des Amtes Polle w. den Müller Corves, in pto. Stauung des Mühlenbachs: Wenn gleich Appellat keinesweges berechtigt ist, nach Willkühr zu stauen, auch derselbe, bey gänzlichem Wasser- und für das Publicum zu besorgenden Brodtmangel, wohl von Policeywegen, jedoch gegen völlige Vergütung des ihm abgehenden Gewinns, angehalten werden kann, das Wasser nicht zu sammlen, sondern der Mahlmühle ungehindert zufließen zu lassen; Nachdem jedoch, ausser diesem Nothfalle, dem Appellaten die Regel allerdings zur Seite stehet, daß er den, zum Betriebe seiner Sägemühle nothwendigen, allenfalls per artis peritos zu bestimmenden, Gebrauch des Wassers, durch Aufstauung desselben, zu machen befugt sey; solchemnach der ihm zu diesem Ende, zur Ungebühr, auferlegte Beweis völlig unstatthaft und überflüssig

ist;

ist; daß daher Appellat, mit Aufhebung des decreti a quo, bey dem Gebrauche des Wassers in obbesagtermaße allerdings so lange zu schützen, bis der Anwald unserer Cammer ein ius prohibendi darzuthun im Stande seyn wird. Und bleibt den Parteyen unbenommen, zur Festsetzung eines, zur Bestimmung des Wassermaaßes nöthigen, Regulativs, nach beschrittener Rechtskraft dieses Erkenntnisses, um Anordnung einer Commission auf gemeinschaftliche Kosten nachzusuchen.

II. Erörterung.

Ueber das Recht des Besitzers einer Windmühle, die Anlagen und Vorrichtungen der benachbarten zu hindern, durch welche der zum Mahlen erforderliche Windzug vermindert oder gehemmet wird a).

Wegen des nicht zu hemmenden, dem Nachbar nöthigen, freien Windzuges verordnet L. 14, §. 1. Cod. de Servitutibus et Aqua folgendes: Cum autem apertissimi juris est, fructus aridos conculcatione, quae in area fit, suam naturam et utilitatem ostendere: aliquis vicinum suum vetabat, ita aedificium extollere juxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex hujusmodi obstaculis secerni a frugibus non possent, quasi vetito vento suam vim per omnem locum inferre ex hujusmodi aedificatione, cum secundum situm regionis, et auxilium venti aream accedit. Sancimus itaque, nemini licere sic aedificare, vel alio modo

a) Von dem Rechte des Besitzers einer Wassermühle, diejenigen Vorrichtungen, in und an dem Flusse, zu hindern, durch welche dem Betriebe der Mühle geschadet wird, s. Practische Erörterungen B. 1. Erörter. 3. §. 3. S. 55. und Erörter. 4. Estor Bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit, Cap. 60. §. 2386. Hommel Rhapsod. Obs. 231. Wernher P. 5. Obs. 139. Hering de Molend. Qu. 19. Nro. 12 et ib.

modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream, et fructuum inutilitatem faciat. Dem Besitzer einer Windmühle mögte aber diese Verordnung wohl nicht mit rechtlichem Grunde zu Statten kommen, denn einestheils ist darin von einem ganz andern Verhältnisse als demjenigen die Rede, welches bey Windmühlen eintritt, und anderntheils bezielet die gedachte Bestimmung wohl nur ein Römisches Policey-Gesetz, welches, so wie manche andere ähnliche in Tit. Cod. de Aedific. privat. vorkommende Gesetze, gegenwärtig nicht mehr anwendbar ist. Eben so wenig dürfte auch das Widerspruchsrecht eines Mühlenbesitzers in Betreff der dem Windzuge hinderlichen nachbarlichen Vorrichtungen und Anlagen unbedingt nach der Lehre von den nothwendigen Dienstbarkeiten entschieden werden können, weil es des Erbauers freier Wille gewesen ist, die Mühle an einem Platze anzulegen, wo er solche nicht gebrauchen kann, sobald der Nachbar in der Folge sich der natürlichen Freyheit bedienen will, auf seinem Grund und Boden durch Bauen, Baumpflanzen u. s. w. Anlagen zu machen, welche den Mühlenbetrieb hemmen, und weil mithin hier keine Servitus necessaria naturalis eintritt b). Um das in Frage seyende Widerspruchsrecht eines Mühlenbesitzers nach richtigen Grundsätzen zu beurtheilen, ist vielmehr, wenn die Benachbarten sich nicht etwa durch besondere Verträge in diesem Stücke ver-

b) Ad servitutem necessariam constituendam enim requiritur, necessitas obsoluta non hypothetica, quae arveti potuit, Ea enim, quae evitari potuit; quae praevisa, causativa, dataque opera procurata est, proficta, affectata et culpabili habenda. — Etenim si ex duobus quis in fundo suo aliquid facere prohibendus est, aequissimum quilibet judicabit, cum facto abstinere, qui suo facto demum in causa foret, ut alter ideo aliquid pati vel non facere teneretur. I. F. Rivinus de Servit. necess. §. 21 et 22.

verbindlich gemachet haben, vorzüglich auf den Unterschied Rücksicht zu nehmen: ob jemand eine Windmühle, zu seinem eigenen Gebrauche allein, auf seinem Grund und Boden angeleget hat; oder ob die Mühle, mit landesherrlicher Concession, zum öffentlichen Gewerbe, und besonders zum Mitgebrauche der Benachbarten, erbauet ist. Tritt der erste Fall ein, so verlieren, selbst durch ein unvordenkliches Stillschweigen wegen der Anlage der Mühle, die Benachbarten die meram facultatem nicht, auf ihrem Grund und Boden, wie sie wollen, zu bauen oder Bäume zu pflanzen, und eine dagegen von dem Mühlenbesitzer anzuführende Servitus negativa kann nur durch eine qualificirte Verjährung oder per prohibitionem et acquiescentiam erworben werden c).

Wenn dagegen, in dem andern Falle, jemand mit landesherrlicher Bewilligung eine Mühle zum öffentlichen Gewerbe anleget, und die Nachbarn dazu nicht nur gänzlich schweigen, ohne sich einige Veränderungen ihrer Grundstücke vorzubehalten, sondern selbst jahrelang ihr Korn zu der Mühle bringen, mithin ipso facto ihre Einwilligung in den privilegirten Mühlenbau und den Betrieb des ihnen selbst nützlichen Gewerbes erklären; so liegt darin, auf der einen Seite, die Anmaßung des juris prohibendi, daß der dem Mühlenbetriebe nöthige Windzug auf keine Weise gehemmet werde, und auf der andern Seite eine Acquiescenz, wodurch, besonders bey dem aus der landesherrlichen Concession entspringenden justo titulo, die Servitus hypothetice necessaria ne ventus excludatur, erworben, und die den Benachbarten ursprünglich zugestandene Actio negatoria vermöge einer ordentlichen Verjährung aufgehoben wird. In Sachen der Gemeinden Heessel und Consorten, wider den Müller Bremer auf der Mohrmühle,

c) Coccejus de reb. mer. facult. §. 8. a Pufendorf Tom. 2. Observat. 92. Tom. 3. Obs. 160.

mühle, wegen Holzverwüstung, erkannte daher die Königl. Justizcanzley zu Zelle am 29. November 1799 folgendermaßen:

Alldieweil die zu Erbauung einer Windmühle an dem Platze, wo des Beklagten Mühle belegen ist, ertheilte landesherrliche Erlaubniß, und die derselben beygelegte Berechtigungen, das Recht des freien Windzuges, ohne welchen das Mühlen-Gewerbe nicht betrieben werden kann, allerdings unter sich begreifen; und Kläger, wenn sie auch als Eigenthümer des den Mühlenplatz umgebenden Grund und Bodens, damals in so fern die natürliche Freiheit, auf dem Ihrigen nützliche, den Windzug hemmende Anlagen zu machen, durch den Mühlenbau eingeschränket ward, gegen solchen dem Publico und ihnen selbst vortheilhaften Bau einen Widerspruch zu begründen vermogt hätten, doch durch ihr langes Stillschweigen das dem Müller ertheilte Recht, alles, so den Wind benimmt, zu verwehren, anerkannt, mithin durch solche Acquiescenz die vormalige freie Willkühr verloren haben; daß daher Kläger sich aller Anziehung des Holzes in solcher Höhe und Nähe bey des Beklagten Windmühle, daß dadurch der derselben nöthige freie Windzug gehindert werden kann, zu enthalten schuldig; welches näher zu bestimmen, nach eingetretener Rechtskraft, auf ferneres Anrufen, eine commissarische Untersuchung durch Sachkundige angeordnet werden soll.

Es ward auch dieses Erkenntniß, in der dawider von der Gemeinde Heessel zur Hand genommenen Appellations-Instanz, am 7. October 1800, von dem Königl. O.A.Gerichte, wegen nicht abgelehnter Entscheidungsgründe, lediglich bestätiget.

d) Ueber die Anwendung dieser Grundsätze, auf die in dem Herzogthume Bremen vorhandenen Windmühlen, s. a Pufendorf Tom. 4. Obs. 232.

III. Erörterung.

Die fehlende Einwilligung des Promittenten in die geschehene Acceptation berechtigt denselben nicht, von seinem Versprechen zurückzugehen.

Die Verbindlichkeit eines jeden Vertrages beruhet in dem Versprechen des einen und in der Annehmung desselben auf Seiten des andern Theiles. Acceptirt der eine Theil das bestimmte Versprechen des andern auf der Stelle, so wird Niemand behaupten, daß der Promittent von einem, durch die bloße Einwilligung verbindlichen, Vertrage ohne besondern Vorbehalt einseitig zurückgehen könne e). Weiß aber der andere Theil nichts von dem geschehenen Versprechen, oder hat er es noch nicht angenommen, alsdann ist der Promittent unstreitig befugt, sein Versprechen wieder zurückzunehmen und zu pönitiren f). Wenn indeß beide Theile nicht auf der Stelle mit einander paciscirten, der Promissar ist abwesend, er hat aber das gethane Versprechen erfahren und es auch acceptirt; so entsteht die Frage: ob der Promittent von seiner Zusage noch zurückgehen kann, ehe er von der Annahme derselben Nachricht erhält?

Einige

e) L. 5. C. de obligat. et action. Glück im Commentar §. 313.

f) Martini Lehrb. des Naturrechts §. 455.

Einige g) Schriftsteller des Naturrechts bejahen sie, weil zur Verbindlichkeit eines Vertrages die Einwilligung des Versprechers in die Acceptation erforderlich sey; andere h) sehen auf die Verschiedenheit der Absicht, welche der Promittent bey seinem Versprechen gehabt habe; und endlich noch andere i) halten dafür, daß derselbe nicht zurückgehen könne. Diese letztere Meinung hat wohl die stärksten Gründe für sich. Die Verbindlichkeit eines Vertrags kann nicht an den Consens des Versprechenden in die Acceptation des andern Theils gebunden seyn; weil sonst eine gedoppelte Einwilligung desselben, einmal in das Versprechen selbst, und zweitens in dessen Acceptation, der Natur der Verträge zuwider, angenommen werden müßte, und da der Promittent durch die Acceptation seines Versprechens gleich vollkommen verbindlich wird; so ist er auch gar nicht weiter befugt, der Acceptation seine Einwilligung zu versagen. Eben so wenig läßt sich die Gültigkeit eines acceptirten Versprechens von der Absicht und Meinung des Versprechenden, wenn er solche nicht bestimmt erklärt hat, abhängig machen. Denn sobald der Promissar das Versprechen angenommen hat, ist das Object desselben sein Eigenthum geworden; der Promittent hat kein Recht auf den Gegenstand des Versprechens mehr, und er ist mithin vollkommen verbunden, dasselbe zu erfüllen; wenn er gleich von der Acceptation noch keine Nachricht erhalten, und in der Zwischenzeit seine Denkart und Meinung, über das Object des Versprechens, geändert haben sollte. Nach diesen Grundsätzen urtheilte auch das höchste Tribunal am 11. Jul. 1801 in S. Meyer w. Grotkas.

IV.

g) Daries institut. jurispr. natural. §. 415.

h) Grotius de jure belli et pacis. Lib. 2. cap. 11. §. 15. Höpfner Naturrecht §. 71.

i) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 83. Nißen über die natürl. Verbindlichkeit der Verträge §. 4. ff. Buhle Lehrb. des Naturrechts §. 174. a Pufendorf Tom. 2. Obs. 36. §. 9.

IV. Erörterung.

In wie fern kann ein Transigent, der seiner Seits den Transact erfüllet hat, von der Vereinbarung zurücktreten, und dieselbe einseitig um deswillen aufrufen, weil der Gegentheil den Bedingungen nicht zur gehörigen Zeit Genüge geleistet hat?

Die aufgestellte Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig, und, wie es scheinet, dadurch, daß einestheils manche, zumal ältere, Juristen über die übergroße Anhänglichkeit an die Formalitäten des Römischen Rechts, das ganz veränderte Wesen unserer jetzigen Verträge zu sehr vergessen, und daß anderntheils einem über die Materie redenden Gesetze eine nicht völlig angemessene Deutung gegeben wird. Verschiedene juristische Schriftsteller behaupten k) unbedingt, daß der Transigent, der den Transact erfüllet habe, von diesem so lange willkührlich zurücktreten, und das Gegebene wiederverlangen dürfe, als der Gegentheil seiner Verbindlichkeit noch kein Genüge geleistet habe.

Die Gründe, welche für diese Meinung angeführet werden, sind kürzlich folgende.

Erstlich

k) Coccejus in Jure Controv. Lib. 2. Tit. 15. qu. 15. et Alleg. ib.

Erstlich: der Inhalt Leg. 14. Cod. de Transaction., worin gesagt wird: Si diversa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet, refusa pecunia, cum et tu hoc desideras, causam ex integro agi;

Zweitens: die Voraussetzung, daß der, welcher den Transact nicht erfüllet, eben dadurch denselben aufrufe, und folglich in dem Falle eine gegenseitige, theils ausdrückliche, theils stillschweigende Einwilligung in die Aufhebung des Transacts vorhanden sey.

Beide Argumente sind jedoch keinesweges völlig entscheidend und zutreffend.

Widmet man zuvörderst dem ganzen Inhalte Leg. 14. Cod. de Transact. eine genauere Erwägung, so überzeuget man sich, daß der Gesetzgeber in demselben nicht von dem Falle handelt, wo von einem der Transigenten einige Bedingungen unerfüllet geblieben sind, ohne dabey den Vergleich selbst aufzurufen, sondern daß vielmehr blos der Fall entschieden wird, in dem der nicht-erfüllende Theil, ausdrücklich oder stillschweigend, die Erfüllung verweigert, und der andere Theil, auch seiner Seits, sich die Nichterfüllung des Transacts gefallen läßt[l].

Aus der alleinigen Nichterfüllung der eingegangenen Bedingungen kann man aber ferner keine stillschweigende Entsagung des ganzen Transacts folgern. Die Vermuthung einer solchen stillschweigenden Renunciation findet um so weniger Statt, da alle Gesetze für die strenge Aufrechthaltung der Transactionen reden, und diese, in Rücksicht auf ihre Beständigkeit, den Eiden und der Rechtskraft an die Seite setzen[m].

In

l) Glück im Commentar §. 355. Renthe von Transacten §. 80.

m) L. 2. L. 31. Dig. de jurejur. L. 20. Cod. de Transact. Mevius P. 5, Decis. 119.

In Gemäßheit der bey uns geltenden allgemeinen Grundsätze von Verträgen, und besonders nach dem Wesen und der Absicht der Vergleiche, ist vielmehr anzunehmen: daß regelmäßig, durch die einseitige Nichterfüllung der zugesicherten Bedingungen, ein Transact nicht schlechthin aufgehoben wird; sondern daß dadurch der Transigent nur die Verpflichtung oder Berechtigung erhält, gegen seinen Gegner auf die Erfüllung des Transacts zu klagen n)

Hiermit stimmet auch die Entscheidung eines alten Rechtsfalles überein, der Leg. 6. Cod. de Transact. mit folgenden Worten angeführet ist:

Cum mota inofficiosi querela, matrem vestram cum diversa parte transegisse, ita, ut partem bonorum susciperet, et a lite discederet, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes extitistis, juris ratio non sinit. Verum, si fides placitis praestita non est: in id quod interest, diversam partem recte convenietis. Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

Nur in dem Falle kann ein Transigent einseitig von dem Transacte zurücktreten, und, wegen nicht erfüllter Bedingungen, auf die Aufhebung der Convention bestehen, wenn die Bedingung ausdrücklich als Conditio sine qua non, und die Nichterfüllung derselben als clausula cassatoria bestimmt ist, mithin durch die Contravention der ganze Grund des Transacts vernichtet wird o).

Nach

n) Carpzov Lib. 5, Resp. 7, Nro. 5. Wernher P. 3. Obs. 173. Leyser Spec. 46. Med. 5.

o) Hellfeld Jurispr. for. §. 355. Wernher et Leyser loc. cit.

Nach der Anleitung dieser Grundsätze erkannte das höchste Tribunal am 22. Decemb. 1798, in Sachen des Chur-Baierschen Obersten und General-Adjutanten Grafen von der Schulenburg Oeynhausen, wider die Erben des Chur-Braunschweig-Lüneburg. Oberjägermeisters, Grafen von Oeynhausen, wegen Erbschaft.

V. Erörterung.

Von der wider die Städte stattfindenden Verjährungszeit.

§. 1.

Der Mangel eines, mit zweifelfreier Bestimmtheit über den Gegenstand redenden, Gesetzes veranlasset, daß die Beantwortung der Frage: welcher Zeitverlauf zu der Begründung einer erwerbenden Verjährung gegen Städte erforderlich sey? nach dem gemeinen Rechte nicht ohne Schwierigkeiten und Zweifel ist. Aeußerst verschiedenartig sind die Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage, denn es finden sich Juristen, welche einen dreißigjährigen, andere, welche einen vierzigjährigen, und noch andere, welche sogar einen hundertjährigen Zeitraum zur Vollendung der gegen Städte zu richtenden Verjährung erfordern. Für jede dieser Behauptungen bieten sich allerdings wichtige Gründe dar, welche die Entscheidungen der vorkommenden Rechtsfälle bey den verschiedenen Gerichten bald so, bald anders bestimmen, und je unzuverlässiger hierdurch das Recht im Allgemeinen wird, um desto willkommener muß es gewiß für den Practiker seyn, die Meinung zu erfahren, welche das höchste Landesgericht über einen so streitigen Rechtsgegenstand angenommen hat.

§. 2.

§. 2.

Die Erklärung der großen Verschiedenheit der Rechts-lehrer-Meinungen, und die befriedigendste Beantwortung der bestrittenen Rechtsfrage, ist in der, von mehreren Schriftstellern p) entwickelten, Geschichte der, die Verjährung wider die Städte betreffenden, Gesetzgebung zu suchen. In den frühesten Zeiten waren die Kirchen und Städte gegen alle Usucapion gesichert, so, daß sie ihre Rechte, auch nach dem Verlaufe des allerlängsten Zeitraums, wahrnehmen konnten q). Theodosius der Große führte aber, in Rücksicht auf sie, die dreißigjährige Verjährungszeit ein, und verordnete, daß diese Verjährungsart, omnibus illis, qui usucapioni ordinariae non subjacerent, entgegenstehen solle r). Kann man der Erzählung des Verfassers einer uralten Chronique scandaleuse trauen s), so waren es schändliche Kunstgriffe, mit welchen dem Justinian

p) Schott de Histor. praescript. contra Civitat. Lipsiae 1774. Leyser Spec. 459, Med. 9.

q) L. 9. Dig. de Usucapion.

r) L. 3. Cod. de Praescript. XXX vel XL Annor.

s) Procopius in Anecdot. seu historia arcan. pag. 124 ex edit. Nicol. Alemanni, erzählet nämlich: Es sey L. 23. Cod. de S.S. Eccl., durch einen gewissen Priscus aus der Stadt Emesa, von dem Kaiser erschlichen, und mit einer Summe Geldes erkauft. Als aber Justinian, zur Vollstreckung der Verordnung, den Longinus nach Emesa gesendet hätte, wäre von diesem entdecket, daß Priscus einen großen Mißbrauch von diesem Privilegio, vermittelst fälschlich geschmiedeter Urkunden, habe machen wollen. Longinus habe, im gerechten Zorne, dem Priscus eine recht kräftige Ohrfeige versetzet, und demnächst den Kaiser zu der Wiederaufhebung des Gesetzes bewogen.

nian, L. 23. Cod. de S.S. Ecclef., entlocket ward, durch welches Gesetz der Kaiser den Kirchen, milden Stiftungen und Städten das Privilegium ertheilte, daß die Güter derselben nicht anders, als durch eine hundertjährige Präscription, verloren gehen sollten t). Dieses Vorrecht war jedoch zu ausserordentlich, um von langer Dauer seyn zu können. Justinian selbst widerrief, durch die Nov. 111 und 131, Cap. 6, die Bestimmung Leg. 23, Cod. de S.S. Ecclef., und verordnete die Gültigkeit einer vierzigjährigen Verjahrungszeit gegen die Kirchen und milden Stiftungen, ohne jedoch in diesen neueren Verordnungen, der Präscriptionszeit gegen die Städte, auch nur mit einem Worte ausdrücklich zu erwähnen.

§. 3.

Lediglich daraus, daß in den Novellen 111 und 131, Cap. 6, einzig und allein von den Kirchen und milden Stiftungen die Rede ist, ohne dabey der Städte ausdrücklich zu gedenken, entspringet die große Verschiedenheit der Meinungen über den, zur Präscription gegen die Städte, erforderlichen Zeitraum. Diejenigen Rechtslehrer, welche den Städten noch die, Leg. 23, Cod. de S.S. Ecclef. verordnete, hundertjährige Verjährungszeit beylegen, gründen sich darauf, daß dieses Vorrecht in den vorgedachten Novellen, vom Justinian, nur in Betreff der Kirchen und milden Stiftungen, nicht aber in Absicht auf die Städte, ausdrücklich aufgehoben sey, mithin dasselbe

t) Es ward dieses Gesetz, durch Nro. 9, ausdrücklich auch auf die Kirche zu Rom mitgerichtet, weil es nämlich zweifelhaft gewesen seyn soll, ob solches nicht blos auf die Morgenländischen Kirchen Beziehung habe. In Ansehung der Kirche zu Rom, hat sich das Vorrecht der hundertjährigen Verjährungsfrist, aus der gedachten Novelle, nach Maasgabe Auth. quas action. Cod. de S.S. Ecclef., bis auf unsere Zeiten erhalten.

selbe für noch immer fortdauernd angesehen werden müsse u). Andere erklären sich um deswillen für eine vierzigjährige Präscription, weil sie annehmen, daß, nach allen Umständen, der, blos von den Kirchen und milden Stiftungen ausdrücklich redende, Inhalt der Novelle 111 sich auch auf die Städte miterstrecke, und, vermöge einer angemessenen Auslegung, gleichfalls auf diese anzuwenden wäre x). Endlich wird für die Behauptung einer dreißigjährigen Verjährungszeit der Grund gebrauchet, daß, durch die Aufhebung Leg. 23, Cod. de S. S. Eccles., die gegen Städte eintretende Präscription wieder auf den, durch Theodosius den Großen (Leg. 3, Cod. de Praescr. XXX vel XL Annor.) verordneten Zeitraum von 30 Jahren stillschweigend zurückgeführet sey y).

§. 4.

Von den angeführten drei verschiedenen Meinungen scheinet in mehreren Rücksichten die zuletzt erwähnte dem Sachverhältnisse,

u) Brunnemann in Comm. ad Cod. ibique ad auth. quas action. de S.S. Eccles. et DD. alleg. Cujacius Lib. 5. Obs. 5. Zahnius Polit. municip. Lib. 2. Cap. 60. Nro. 10.

x) Struv. Jurispr. for. Lib. 2. Tit. 9. §. ib. Idem in Syntagm. Jur. civ. L. 41. Tit. 3. §. 19. Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 41. Tit. 3. §. 41. Stryk de Action. forens. Sect. 3. Membr. 2. Axiom. 1. Nro. 6. 7. Walch Controv. Jur. Civ. Sect. 2, Cap. 2. §. 21. Boehmer Cons. et Decis. Tom. 1. P. 2. Resp. 20. Nro. 5. Tom. 2. P. 2. Resp. 932. Nro. 10. Behmer Nov. jus controv. Observat. 13.

y) Fachinaeus Lib. 8. Controv. 8. Hellfeld Jurispr. for. §. 1772. Rave de Praescript. §. 26. Berger Oecon. Jur. Lib. 2. Tit. 2. § 23. Nota . Stryk Us. mod. Pand. Lib. 41. Tit. 3. Leyser Spec. 459. Medit. 9.

hältnisse, und der wahrscheinlichen Absicht des Gesetzgebers, am angemessensten zu seyn. Der ganze Inhalt Leg. 23, Cod. de S.S. Eccles. zeiget deutlich, daß Justinian bey der Ertheilung dieses Gesetzes, zuerst und vorzugsweise, die Begünstigung der Kirchen und milden Stiftungen beabsichtigte, und daß die Städte, indem sie mit jenen ein gleiches Vorrecht erhielten, offenbar nur den zweiten Platz der Begünstigung einnahmen. Schon aus diesem Umstande entspringet eine sehr gegründete Vermuthung dafür, daß der Kaiser bey Ertheilung der Novelle 111 und 131, Cap. 6, nicht die Absicht gehabt haben könne, den Städten ein Privilegium stillschweigend zu bestätigen, welches er, in Absicht auf die Kirchen und milden Stiftungen, ausdrücklich wieder aufhob. Diese Vermuthung erhebet sich durch den Eingang der Novelle 111 zur Gewißheit. In der Präfation wird nämlich der Grund, weshalb der Gesetzgeber es für nöthig gefunden habe, den hundertjährigen Termin der Verjährung gegen die Kirchen und milden Stiftungen auf vierzig Jahre herunter zu setzen, wörtlich folgendermaßen angegeben: Quoniam per tantum saeculi magis quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari. Dieser ganz allgemeine, von der Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit des Beweises, hergenommene Grund, der, im völlig gleichem Maaße, auf die Verjährung gegen die Städte, wie auf die Präscription gegen die Kirchen, seine Anwendung findet, setzet es ausser Zweifel, daß Justinian, durch die mehrgedachte Novelle, auch in Absicht auf die Städte, das Vorrecht einer hundertjährigen Präscription völlig aufgehoben hat. Ist dieses richtig, so müßte, um den Städten ein besonderes, von der allgemeinen, durch Theodosius d. Großen festgesetzten Regel abweichendes, Vorrecht beylegen zu können, ein deutliches und ausdrückliches Gesetz über den Gegenstand vorhanden seyn, weil Ausnahmen von der Regel, und Privilegia, nie vermuthet werden. An einer solchen gesetzlichen Bestimmung mangelt es aber durchaus.

We-

Weder die Novelle 111, noch das Cap. 6 der Novelle 131, enthalten ein Wörtchen von der Präscription gegen die Städte. Beide Gesetze reden einzig und allein von sacrosanctis ecclesiis, et aliis universis venerabilibus locis, und die schon an sich unzulässige Vermuthung einer stillschweigenden Ausdehnung des Privilegii auf die Städte fällt um so mehr weg, da Justinian selbst einen religiosum propositum als die Veranlassung des ertheilten Vorrechtes angiebt z). Nimmt man aber an, daß das den Städten zugestandene Privilegium einer hundertjährigen Präscription aufgehoben, und denselben, statt dessen, kein anderes neues Vorrecht in Absicht der Verjährung beigeleget ist; so folget hieraus die Zurückführung auf die von Theodosius d. Großen festgestellte allgemeine Regel einer dreißigjährigen Präscription a) von selbst. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift dieserhalb, würde es nicht einst bedürfen, und doch dürfte sich auch diese, bey genauerer Erwägung, selbst in der Novelle 111 finden. Nachdem nämlich Justinian in diesem Gesetze den Kirchen und milden Stiftungen das Vorrecht der vierzigjährigen Präscription beygeleget hat, so füget derselbe seiner Bestimmung unmittelbar folgende sehr bemerkenswerthe Vorschrift hinzu:

Salva scilicet circa alias personas et causas virtute, quam semper tricennalis sibi praescriptio vindicabat: quoniam hanc decem annorum adjectionem, solis, ut dictum est, religiosis locis, eorumque juri vel contractibus indulgemus. Diese Worte enthalten die ausdrückliche Willenserklärung des Kaisers, das Privilegium einer vierzigjährigen Präscription hier einzig und allein den Kirchen und milden Stiftungen beyzulegen, in Betracht aller anderen Personen und Sachen aber die gewöhnliche Verjährungszeit zu bestätigen, welche

z) Nov. 111. in Praefat.

a) L. 3. Cod. de Praescript. XXX vel XL Annorum.

welche vorberührtermaßen, durch Leg. 3. Cod. de Praescript. XXX vel XL Annor., für die Städte auf dreißig Jahre bestimmet ist.

§. 5.

In Sachen Bürgermeisters und Raths der Stadt Dannenberg wider den Anwald des Amts Dannenberg, wegen Schutzgeldes, legte die Justizcanzlei zu Zelle, in einer Sentenz vom 24sten November 1802, dem Amtsanwalde den Beweis der aufgestellten Einrede einer dreißigjährigen Präscription auf. Bürgermeister und Rath der Stadt Dannenberg appellirten von diesem Erkenntnisse an das höchste Tribunal, und behaupteten, daß gegen die Stadt nur eine vierzigjährige Verjährung Statt finden könne. Auf diese Appellation erfolgte aber am 22sten October 1803 der Bescheid: — „Da, „weder nach den Gesetzen über den Gegenstand, noch nach „dem vermeintlichen stattfindenden Gerichtsgebrauche, der im„plorantische Magistrat darauf einen Anspruch zu machen be„fugt ist, daß nur eine vierzigjährige Verjährungszeit gegen „ihn zur Anwendung zu bringen sey; mithin das Erkenntniß „der Justizcanzlei dem Sachverhältnisse und den eintretenden „Rechten völlig angemessen ist; So findet das angebrachte „Gesuch nicht Statt."

VI.

VI. Erörterung.

Eingeschränkter Gebrauch der sogenannten Provocation ex Lege diffamari.

Das Gesetz, worauf sich die ebengenannte Provocation gründen soll, nämlich L. 5. Cod. de Ingen. manumissis, redet durchaus von keiner besonderen Klage, sondern einzig und allein von der Zulässigkeit der Aufforderung richterlicher Hülfe — Imploratio officii judicis — von Seiten desjenigen, dessen Stand persönlicher Freyheit, oder der Ingenuität, durch die aussergerichtlichen Aeusserungen — Diffamationen — eines Anderen, bezweifelt und angegriffen ist b).

Wie man der Erwähnung dieses besonderen, lediglich den absolut präjudicialPunct des Standes der Freiheit einer Person

b) Die Worte des Gesetzes sind folgende: Diffamari statum ingenuorum, seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est: praesertim cum affirmes, diu Praesidem unum atque alterum interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret; unde constat, merito Rectorem Provinciae commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de caetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione; aditus Praeses Provinciae ab injuria temperari praecipiet.

son bezielenden, Hülfsmittels eine allgemeinere Anwendung hat beylegen können, läßt sich, nach den Worten des Gesetzes, kaum begreifen, und doch ist dieses der Fall gewesen. Mehrere Glossatoren nahmen die Meinung an, daß L. 5. Cod. de Ingen. manumissis, unter der Erwähnung eines einzelnen Falles, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz feststelle, und daß das in dem Gesetze berührte Hülfsmittel, welches sie Provocatio ex Lege diffamari benannten, in jeder Art von Criminal- und Civil-Sachen, sowohl bey persönlichen, als dinglichen Klagen, und nicht minder im Petitorio wie im Possessorio, in dem Maaße Statt finde, daß Jeder, dem aussergerichtlich von einem Andern entweder ein Vergehen angeschuldiget, oder, unter Berühmung einer vorzüglicheren Befugniß, ein rechtmäßiger Besitzstand abgeleugnet, ein zustehendes Recht bezweifelt ist u. s. w., den Diffamanten zu der Ausführung seiner Behauptungen gerichtlich auffordern und verlangen könne, daß demselben, in dem Falle, da er die Diffamation nicht zu erweisen im Stande sey, ein ewiges Stillschweigen auferleget werde. Ein Heer von Schriftstellern folgte dieser Meinung der Glossatoren, und verschaffte derselben in manchen Gerichtshöfen eine practische Auctorität c). Ob, wie hin und wieder behauptet wird d), die Reichsgesetze der ausgedehnten Lehre von der Provocation in den Weg traten, das dürfte, bey genauerer Untersuchung, wohl nicht für so ganz ausgemacht anzunehmen seyn. Zu leugnen ist es freilich nicht, daß dasjenige, was die Reichs-

gesetze

c) Gail Lib. 1. Observat. 9. seq. Auct. ib. alleg. Carpzov L. 2. Resp. 34. et P. 1. Const. 7. Def. 27 et Decis. 31. Mund. Tract. de diffam. Lauterbach Disp. ad Leg. diffam. Böhmer Tract. de Action. Sect. 2. Cap. 1. §. 16. In Chursachsen ist dieser Lehre in Ordin. proc. Sax. emend. Tit. 5. §. 5 seq. gesetzliche Kraft beygeleget.

d) a Pufendorf Tom. 3. Observat. 193.

gesetze von der Provocation ex Lege diffamari enthalten, ursprünglich und vorzüglich auf die Abwendung des Verdachts oder der Beschuldigung eines Landfriedensbruchs gerichtet ware), und daß in dem Reichs-Abschiede v. J. 1530, §. 93, eine Reichsständische Beschwerde über den Mißbrauch gedachter Provocation bey dem Reichs-Cammer-Gerichte vorkömmt. Allein zur Beseitigung der erwähnten Beschwerde ward in dem Visitat.-Abschiede v. J. 1531 §. 32, al. 35, nichts weiter verordnet, als daß das Reichs-Cammer-Gericht nicht anders ex Lege diffamari Processe erkennen solle, dann aus Grund der Gemeinen Rechte; und jüngere Reichsgesetze schränkten den Gebrauch der mehrerwähnten Provocation nicht blos auf friedbrüchige Sachen ein, sondern ließen ihn ausdrücklich auch in Schmach- oder Injurien- und in andern dergleichen Sachen zu, in denen die Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weise, oder in andere Wege, dem anderen Theile zum Nachtheile und zur Beschwerung, geschehen sey f). Noch späterhin ward das Reichs-Cammer-Gericht angewiesen: Bey dem Remedio ex Lege diffamari die Disposition, sowohl der Gemeinen Rechte, als der Reichssatzungen, in gute Obacht zu nehmen, und keine Citatio ex lege diffam. anderergestalt zu erkennen, es wären denn die Diffamanten in specie namhaft gemachet, die angegebene Diffamation auch, noch vor der Ladung, durch schriftliche oder andere glaubliche Urkunden und angezeigtermaßen beigebracht und erwiesen g). Alles dieses deutet auf eine Begünstigung der obengedachten ausgedehnten Er-

e) Landfriede v. J. 1548, Art. 14. Cammer-Gerichts-Ordnung v. J. 1555. Th. 2, Tit. 10, §. 9.

f) Cammer-Gerichts-Ordnung Th. 2. Tit. 25. Concept v. J. 1614; Th. 2, Tit. 27.

g) Reichs-Abschied v. J. 1654. §. 83.

Erklärung der in Frage seyenden Gesetzstelle hin; auch bezeugen sehr bewährte, von dem Gerichtsgebrauche des Reichs-Cammer-Gerichts handelnde Schriftsteller h), daß in allen Sachen ohne Unterschied, wegen Diffamation, die Provocation bey dem R.-C.-G. angebracht werden könne, wenn anders der Diffamirte diesem höchsten Reichs-Gerichte in der ersten Instanz unmittelbar unterworfen sey. Weder aus den für die Reichs-Gerichte ergangenen Reichsgesetzen, noch aus dem Gerichtsgebrauche des R.C.G., möchte demnach eine Einschränkung des ausgedehnten Gebrauchs der Provocation wegen Diffamation hergenommen werden können. Dasjenige, was bey den Reichsgerichten üblich seyn mag, verbindet indessen nicht unbedingt die Reichsständischen Landesgerichte. Die Churbraunschweigschen Landesgesetze und Gerichtsordnungen schweigen über die in Frage seyende Lehre von der Provocation, und legen derselben also schlechterdings keine gesetzliche Kraft bey. Gründliche und sehr angesehene Rechtslehrer haben aber auf die überzeugendste Art ausgeführet, daß die Provocation, so wie solche aus d. Lege 5, Cod. de Ingen. manumissis hergeleitet wird, weder durch dieses, blos den Stand persönlicher Freiheit betreffende Gesetz, noch auf eine andere Weise im Römischen Rechte gegründet, sondern vielmehr der Analogie des Rechts ganz entgegen sey i). Ist dieses richtig, wie es denn nicht wohl bezweifelt werden kann; so wird die, blos von Glossatoren, auf gutes

h) Mynsinger Cent. 5. Observat. 81, Nro. 2. Pütter Processſ. Imper. Lib. 2, §. 128. Das Gegentheil behauptet Gail Lib. 1. Observat. 9. M. vergl. Ludolf J. Cam. Sect. 1. §. 11. Nro. 2, pag. 115. Roding Pandect. cam. Lib. 1. Tit. 14. pag. 222 seq.

i) Ant. Matthei Coll. Cod. Disp. 14. Noodt ad Tit. Dig. de Judiciis, pag. 147. Textor de caus. Leg. diffam. §. 3. Berger Elect. Proc. Provocat. §. 4. Meister de falsa pro-

gutes Glück, erschaffene Theorie der Provocation ex Lege diffamari schwerlich bey Gerichten einen günstigen Eingang finden können, die, so wie die Churbraunschweigschen Justizcollegia, ausdrücklich und strenge dazu angewiesen sind, Meinungen juristischer Schriftsteller und die auf solche gebauete Präjudicia nur dann in Betracht zu ziehen, wenn dieselben sich entweder auf deutliche Gesetze, oder auf triftige und klare, aus den Rechten und Gesetzen hergenommene Argumente gründen k).

Selbst dann, wenn man dem bey manchen Gerichten in diesem Stücke eingeschlichenen Gerichtsgebrauche eine wirksamere Kraft beyleget, als unsere Justizverfassung dieses verstattet, wird es nicht zu verkennen seyn, daß die Provocation ex Lege diffamari schlechterdings keine ordentliche besondere Klage, sondern ein ungewöhnliches, von dem regelmäßigen Rechtsgange abweichendes, mithin ausserordentliches Hülfsmittel ist, welches billig nur in den höchst seltenen Fällen Statt finden kann, in welchen der vermeintlich Diffamirte schlechterdings keine andere ordentliche Klage gegen den Diffamanten, in Betreff des Gegenstandes der Diffamation, hat. Ein auffallendes Beyspiel des Mißbrauchs der Provocation ex Lege diffamari kann bey dem höchsten Tribunale, in Sachen des Anwaldes der Aemter Neuhaus im Lauenburgischen, und Hitzacker im Lüneburgischen, wider den Justizrath von Bülow auf Wehningen, vor.

Der von Bülow hatte auf einigen, zu den genannten Aemtern gehörenden, Feldmarken gejaget, und auf die von den Be-

bat. Processſ. provoc. ex Jure Rom. a Pufendorf Tom. 3. Obſ. 193.

k) O.A.Gerichts-Ordnung, Th. 2. Tit. 12, §. 12. Justiz-Reglem. v. J. 1718, §. 16. v. Bülow über die Verfassung des O.A.Gerichts zu Zelle. Th. 1. Seite 78.

Beamten hiergegen eingelegte Protestation schriftlich zu erkennen gegeben, daß ihm die Mit- und Koppeljagd auf jenen, und noch einigen anderen Feldmarken zustehe. Hiervon nahm der Amtsanwald die Veranlassung zu einer Provocation, welche aber, am 17ten Januar 1803, von dem höchsten Tribunale, durch den folgenden Bescheid, zurückgewiesen ward: „Nachdem in dem gegenwärtigen Falle eine bloße Diffamation nicht vorhanden, vielmehr ein Jagd-Exercitium bereits eingetreten, das Remedium provocationis ex Lege diffamari ohnehin ein remedium extraordinarium et subsidiarium ist, dem Imploranten aber unbenommen bleibt, den Imploraten agendo in Anspruch zu nehmen, so kann dem Gesuche nicht deferirt werden."

VII. Erörterung.

Die Wirkung des bedungenen Näherrechts findet erst dann Statt, wenn der Wiederverkauf vollkommen zu Stande gekommen ist.

Bey einem vertragsmäßigen und testamentarischen Verkaufe, oder conventionellen und testamentlichen Näherrechte, kömmt alles auf die Verabredung der Contrahenten und die Bestimmungen des Testirers an. Meistens lautet die darauf gerichtete Clausel in der Verkaufsurkunde etwa so: „daß, wenn über lang oder kurz das Grundstück wieder verkauft; oder: wenn dem Käufer und dessen Erben gefällig seyn möchte, es wieder zu verkaufen, dem Verkäufer, seinen Kindern oder Erben, das Näherrecht daran zustehen solle l)."

Die Wirksamkeit dieses Vorkaufs, oder conventionellen Näherrechts, tritt dann erst ein, wenn der erste Käufer, oder dessen Erben, das Grundstück wirklich an einen Dritten wieder veräussert, aber noch nicht tradirt haben m). Es wird also zur

l) Von dem Unterschiede, wenn die Wiedereinlösungssumme zugleich mit verabredet, und wenn sie nicht bestimmt ist, s. m. pract. Erörter. B. 3. Nro. 31.

m) Ist die Uebergabe bereits erfolgt, so kann das Vorkaufsrecht

zur Ausübung desselben jedesmal ein, zwischen dem ersten Käufer, oder dessen Erben, und einem Dritten vollständig abgeschlossener, perfecter Kaufcontract erfordert und vorausgesetzt n). Ist dieser eingegangen, so hat der erste Verkäufer ein vollkommnes Recht zur Ausübung des bedungenen Vorkaufs, welches ihm auch dadurch nicht genommen oder vereitelt werden kann, daß der Verkäufer und dritte Käufer den Kauf wieder aufheben, oder davon zurückgehen o). Die bloße Absicht des ersten Käufers, wenn er sich auch auf das bestimmteste und deutlichste geäussert, oder mit einem Dritten über den Wiederverkauf bereits Unterhandlungen eingeleitet hätte, berechtigen hingegen den ersten Verkäufer überall noch nicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts; weil der erstere sodann noch immer von dem intendirten Verkaufe abstrahiren und die Sache behalten kann. Eben so wenig kann der Retrahent in dem Falle die Reluirung mit Recht fordern, wenn das Grundstück Pupillen und Minderjährigen gehört, der Verkauf desselben zwar beliebt und darauf geboten; aber doch das höchste Gebot noch nicht ober-

wider den dritten Besitzer nicht ausgeübt, sondern gegen den ersten Käufer nur auf Entschädigung geklagt werden. Dadurch, und auch in Hinsicht auf die Abtretung dieses Rechts an einen Dritten, unterscheidet sich dasselbe wesentlich von dem gesetzlichen Näherrechte, z. B. dem Beyspruche, der Erblosung u. s. f. Madihn princip. jur. romani §. 187. Overbeck Medit. über verschiedene Rechtsmaterien; B. 1. Nro. 15.

n) Si ita tibi fundum vendidero, vt nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris. L. 21. §. 5. D. de act. emt. venditi.

o) Eben dies hat auch bey dem gesetzlichen Näherrechte, so wie bey dem Retracte, oder Abtriebe, statt. a Pufendorf Tom. 3. Obs. 40. §. 5. von Zangen pract. Bemerkungen zur Lehre vom Abtriebsrechte. Nro. XI. S. 40.

obervormundschaftlich ratificirt ist. Denn in diesen und ähnlichen Fällen fehlt es an einem perfecten Kaufhandel und nur alsdann, wenn ein Verkauf völlig zu Stande gekommen ist, können die Contrahenten, zum Präjudiz des Vorkaufsberechtigten, vom Kaufe nicht wieder zurücktreten p). Diesem gemäs erkannte das Oberappellationsgericht am 6ten Jul. 1801 in Sachen Feekner w. von Reden, pto. Näherrechts: daß dem Gesuche, da der Verkauf, durch die noch nicht erfolgte Ratification, nicht zur Vollständigkeit gedeihen ist, mithin das zugestandene Vorkaufsrecht noch überall nicht zur Wirksamkeit kommen mag, keine Statt zu geben sey.

p) Madihn in disp. de jure protimiseos ejusque a jure retractus discrimine pag. 20. von Rössing concentrirte Rechtsfälle, Th. 1. Nro. 38.

VIII. Erörterung.

Der Retract vermöge des Nachbarrechts, stehet, da wo derselbe hergebracht ist, der Regel nach, auch den Meiern, wegen der Angränzung der von ihnen meierrechtlich besessenen Grundstücke, zu.

Der Grundsatz: daß nur der wahre Eigenthümer eines Grundstücks, mithin weder der Usufructuarius, noch der antichretische Besitzer, wegen der Angränzung, einen Retract, vermöge des üblichen Nachbarrechts, auszuüben berechtiget sey q), ist nicht allgemein angenommen, vielmehr legen mehrere juristische Schriftsteller, welche die Retractslehre bearbeitet haben, dem Usufructuarius die Befugniß, zu retrahiren, bey r). In Gemäsheit dieser, durch sehr wichtige Rechtsgründe unterstützten Meinung, wird um so weniger den Meiern der hiesigen Lande ein gleiches Recht abgesprochen werden können. Das bey uns gewöhnliche Colonat- oder Erbmeier-Recht befasset für den Meier, zwar kein eigentliches nutzbares Eigenthum — dominium utile — im

q) Das Näherrecht von C. F. Walch, Seite 474. Berger Supplem. ad elect. discept. forens. P. 1. pag. 424.

r) Böhmer Diss. de fundam. duplic. retact. Cap. 2. pag. 49.

im strengen Sinne, wohl aber ein dingliches Recht s). Ohne einem wahren nutzbaren Eigenthume an die Seite gestellet werden zu können, erhebet sich das Nutznießungsrecht unserer Meier weit über die Gränzen eines Römischen Nießbrauchs, und bestehet in einer auf die Erben übergehenden nützlichen Gewähre, das heißt, in dem vollen Rechte, alle dem Gute unschädliche, daraus entspringende, und mit demselben in Verbindung stehende Nutzbarkeiten, zu beziehen und zu genießen t). Daher hat der Erbmeier eine ungleich ausgedähntere Macht, als der Usufructuarius, mit dem nutznießlich besessenen Gute, zu seinem Nutzen, Veränderungen vorzunehmen, wenn das Gut dadurch nur nicht verschlimmert, sondern gebessert wird u). Daher stehet ihm die Nutz=

s) Böhmer Diss. de Locat. et Conduct. praedior. rusticor. Cap. 1. §. 2. Struben de Jure Villic. Cap. 2. §. 3. Runde deutsches Privatrecht, §. 527.

t) Runde a. a. O. Danz Handb. des deutschen Privatrechts, B. 5. §. 527. Seite 361. In vielen Meierbriefen, und namentlich in dem der Instruction für die Kirchen=Juraten in den Herzogthümern Bremen und Verden vom 2ten September 1784, als Anlage beygedruckten Meierbriefs=Formulare, wird das Nutznießungsrecht der Meier, folgendermaßen ausgedrucket: — daß der Meier und seine Frau, die Stelle mit aller Zubehör und Gerechtigkeit, an Ländereien und Holzungen, Triften, Wiesen und Weiden, und zwar so, wie sein Vorwirth solche inne gehabt, und besessen, zu ihren beiderseits Besten, genießen, gebrauchen, flokken und fleusen mögen, darvon aber nichts, bey Verlust des Meierrechts, versetzen, noch verpfänden, und da solches von seinen Antecessoren geschehen, nach Möglichkeit wieder herbeybringen, oder, da er solches selbsten nicht zu thun vermag, es der Gutsherrschaft anzeigen, sich auch allenthalben getreu und gehorsam, als einem redlichen Colono eignet und gebühret, erweisen soll.

u) Danz a. a. O. Seite 362.

Nutznießung der etwanigen Alluvionen x), so wie der zugerodeten, oder zur Cultur gebrachten Grundstücke, ehemaliger uncultivirten Gemeinheitsplätze zu y). Daher kann der Erbmeier dem Meiergute Dienstbarkeiten erwerben z), und vorhin veräußerte Meiergrundstücke vindiciren a); daher endlich, ist, nach der unterm 25. Junius 1802 für das Fürstenthum Lüneburg erlassenen Gemeinheitstheilungs-Ordnung, Cap. 4. §. 28. Seite 21, in Ansehung der Bestimmung der Frage: Ob eine Gemeinheitstheilung geschehen solle? die Concurrenz und Einwilligung der Gutsherrn nicht erforderlich, und wird den Letzteren nur in sofern ein Widerspruchsrecht gegen die Art der von den Gutsleuten concludirten Theilung zugestanden, wenn sie zu zeigen im Stande seyn sollten, daß sie, in Ansehung ihrer gutsherrlichen Rechte, Gefälle und Dienste, darunter leiden würden, wenn die Theilung auf die beabsichtigte Art und Weise vor sich gehen sollte.

Zu des Meiers voller nützlichen Gewähre, oder zu dem allgemeinen Nutznießungsrechte des Meiergrundes, und aller aus dem Besitze desselben entspringenden Befugnisse, ist aber auch die Ausübung des Retracts durch Nachbarrecht zu zählen. Mag man die Veranlassung dieses Näherrechts, in einer gewissen stillschweigenden Gemeinschaft suchen, welche zwischen den Nachbarn in Ansehung der aneinander gränzenden Grundstücke, wo nicht noch dermalen vorhanden ist, doch vormals Statt hatte b); oder leitet man den Grund des Retracts aus den Vortheilen her, die ein

x) Struben de Jure Villic. Cap. 3. §. 2.

y) Idem l. c. §. 10.

z) Id. l. c. §. 32.

a) Id. l. c. §. 22.

b) Das Näherrecht von C. F. Walch, Seite 472. Danz Handb. des deutschen Privatrechts, B. 2. §. 195. S. 196.

ein Nachbar aus der Begattung des angränzenden Grundstücks haben kann c); so ist es in beiden Fällen nicht zu verkennen, daß der Retract eine Folge des Besitzes des angränzenden Grundstücks ausmachet, und daß die Ausübung des Näherrechts die Erhöhung der Nutznießung jenes Fundi bezwecket. Besitz und volle Nutznießung des Meierguts, sind aber unseren Erbmeiern auf eine solche Art perpetuirlich überlassen, daß sie davon, so lange sie Prästanda prästiren, und ihre Familie existiret, schlechterdings nicht vertrieben werden können. Der eigentliche Grundeigenthümer, oder der Gutsherr, kann unter diesem Verhältnisse, in doppelter Rücksicht, von einem etwanigen Retracte, nicht selbst und zu seinem eigenen indirecten Vortheile, wider den Willen des Meiers, Gebrauch machen; denn theils hat er die volle Nutznießung des Guts, zu welcher auch der durch die Ausübung des Näherrechts zu gewinnende Benutzungsvortheil gehöret, dem Colono erblich überlassen; und anderntheils fällt auch bey dem Gutsherrn, der das Grundstück, zu dessen Besten das Näherrecht exerciret werden soll, nicht natürlich besitzet, und der vielleicht in ewigen Zeiten nicht wieder zu dem Natural-Besitze desselben gelanget, der nächste Grund des nachbarrechtlichen Retracts ganz weg d). Da, wo der Vicinitäts-Beyspruch üblich ist, kann also wegen der Angränzung meierrechtlicher Grundstücke, der Regel nach, nur der Meier denselben ausüben e). Das höchste Tribunal nahm dieses Principium, in Sachen Meiners zu Wer-

c) Böhmer Diss. de fundam. duplic. retract. cap. 2. pag. 47. Runde deutsches Privatrecht §. 195.

d) Nur in dem Falle, wenn der Meier nicht gewillet ist, das Näherrecht zu exerciren, dürfte dem Gutsherrn, wegen des mittelbaren Interesse, welches derselbe bey der Verbesserung des Meierguts hat, die eigene Ausübung des Retracts nicht zu versagen seyn.

e) Conradi de Jure retractus in bonis meierdingicis.

Wersabe in Osterstade wider Franckſen, wegen Retracts, an, und erließ in Gemäsheit desselben am 7. November 1801 an das Hofgericht zu Stade folgendes Abänderungs-Rescript: „Nun haben Wir es zwar, in Rücksicht auf die erste Beschwerde, „bey Eurem Erkenntnisse lediglich gelassen; wenn jedoch, in Betreff „der zweyten und dritten Beschwerde, sobald das Daseyn ein „Retracts-Rechts durch Nachbarschaft, einmal erwiesen seyn „wird, es sich von selbst verstehet, daß die Meierqualität des be„nachbarten Grundstücks, vermöge dessen retrahiret werden soll, „die Ausübung des Beyspruchs auf keine Weise hindert, in so„fern nicht ein abweichender Gebrauch dieserhalb dargethan wer„den kann; — So habt Ihr den, dem Imploranten dahin auf„erlegten Beweis: daß, in sofern das angränzende Grundstück „des Imploranten meierpflichtig seyn sollte, der Beyspruch, dem „dortigen Herkommen nach, auch insbesondere den Besitzern sol„cher meierpflichtigen Ländereien zu dem Ende zu statten komme, „um benachbarte Erbländereien f) retrahiren zu können, — als „überflüssig bey Seite zu setzen." Da übrigens der Meier, nicht durch sich selbst, sondern allein vermöge des Besitzes des Meierguts, den Retract ausübet; so wird das retrahirte Grundstück nicht des Retrahenten Allodial-Eigenthum, sondern eine Zube-
hörung

f) Es ist hier blos, wie auch die Worte des Abänderungs-Rescripts deutlich zeigen, von dem durch einen Meier vorzunehmenden Retracte angränzender freier Erbländereien die Rede. Darüber, inwiefern, von Meierleuten, angränzende fremde Meier-Grundstücke, und Meierhöfe, wenn sie zum Verkaufe kommen, retrahiret werden können, ist nachzulesen: das Näherrecht von C. F. Walch, Seite 479; und Conradi de Jure Retractus in bonis Meierdingicis § 15. pag. 38. Die Stattnehmigkeit des Nachbarrechts-Retracts bey dem Verkaufe von Lehnen, behauptet Müller ad Struv. Exercit. 23. Th. 53; und läugnet, Wildvogel consil. ac Respons. pag. 367.

hörung der Meierstelle. Einen Ersatz des, bey dem freiwillig unternommenen Retracte, ausgelegten Kaufpreises kann der Meier, welcher die Nutznießung des retrahirten Grundstücks behält, wohl nicht von dem Gutsherrn verlangen; dagegen dürfte aber der Letztere auch nicht, wegen der, durch das retractsweise acquirirte Grundstück vermehrten Nutznießung des Meierguts, auf eine, unter andern bey beträchtlichen Alluvionen zulässige Erhöhung der Meiergefälle, Dienste und Abgaben g), einen gegründeten Anspruch machen können.

g) Hoyaischer Landtags-Abschied v. J. 1697. §. 11. Struben comment. de Jure Villic. Cap. 3. §. 2. Conf. Stryk de Agris desertis C. 3. Nro. 45. Brunnemann ad L. ult. Cod. de alluvion.

IX. Erörterung.

Ein Fall aus dem Fürstenthume Lüneburg, in welchem das Successions-Recht des präsumtiven Anerben einer Meierstelle, durch die, wegen willkührlicher Abwesenheit, vernachlässigte Anmeldung zur wirklichen Bemeierung, verlohren gieng.

Mehrere Schriftsteller h) behaupten, daß die Unterlassung der bey sogenannten Ehrschätzigen Bauer- oder Meier-Gütern üblichen Muthung, und die Nichtbezahlung des Laudemii oder Weinkaufs i), der Regel nach, dem Gutsherrn keinen rechtlichen Grund

h) Struben Comment. de Iure Villic. Cap. 8. §. 14. pag. 348. Schröter Abhandlung von der Lehnwaare, Seite 717. Runde deutsches Privatrecht §. 532. Danz Handb. des deutschen Privatrechts B. 5. §. 532. 535. Das Gegentheil behauptet Ludewig Iure Client. Sect. 3. Cap. 8. §. 14. lit. o.

i) Nach Verschiedenheit der Lande, und der in denselben vorkommenden mehrfältigen Arten Ehrschätziger Güter, wird das hier mit der Benennung Weinkauf bezeichnete Laudemium, auch Handlohn, Ehrschatz, Anleit, Ausfahrt, Einfahrt, Anfallgeld, Leikauf, Vorheuer, Miede, Leibgewinn, Mahlpfennig, Empfängsnußgeld, Gelöbnißgeld, Knechtrecht, Vorgewinn, Nagelgeld, Umsatz, Anstand,

Grund gebe, dem Säumigen das Meierrecht zu entziehen, wenn nicht etwa diese Strenge, durch ausdrückliche Verträge und Gesetze vorgeschrieben, oder durch ein zweifelfreies Herkommen begründet sey. Befindet sich derjenige, der die Muthung vornehmen und den Weinkauf entrichten soll, an Ort und Stelle auf dem Meiergute; ist das Recht desselben, das nutzbare Eigenthum des Colonats zu überkommen, völlig zweifellos, und von aller Wahl des Gutsherrn unabhängig, und erscheinet mithin die Muthung und die Erlegung des Weinkaufs mehr in dem Gesichtspuncte eines bloßen für den Gutsherrn lucrativen Formals, als eines wesentlichen Erfordernisses der Meierverbindung; so verdienet die vorgedachte Behauptung gewiß den größesten Beyfall, und es ist sehr billig, daß, nachdem an einigen Orten existirenden Herkommen, die von dem Gutsmanne gegen den Gutsherrn, in Hinsicht auf die Muthung und den Weinkauf oder Handlohn bewiesene Saumseligkeit, an dem Schuldigen nur mit einem sogenannten Strafhandlohn geahndet wird k). Unter anderen als den vorausgesetzten Verhältnissen, bewirket jedoch die Vernachlässigung des Gesuchs um die Bemeierung, eine ungleich nachtheiligere Folge für den Saumseligen. Die, in den Churbraunschweigischen Landen geltenden, Meierrechte legen den Erben eines verstorbenen Meiers kein freies, unbeschränktes Eigenthum des Meierguts bey. Sie ertheilen ihnen nur den nächsten Anspruch auf den meierrechtlichen Besitz der Stelle, in so fern nämlich der Gutsherr sie dazu tüchtig findet. Die Calenbergische

stand, Beweisung u. s. w. genannt. Die Veranlassungen und den Sinn dieser Benennungen zeigen: von Buri Abhandl. von Bauergütern, S. 387 u. f. Schröter Abhandl. von der Lehnwaare, S. 1 bis 14. Lang Historische Entwickelung der deutschen Steuerverfassung S. 92. Lennep von der Leyhe zu Landsiedelrecht, Tit. 3. §. 6. S. 250 u. f.

k) Schröter a. a. O. Seite 717.

gische Meierordnung vom 12. Mai 1772 überläßt §. 5. Nro. 3, den Gutsherrn die Macht, sowohl unter den Kindern, als unter den nächsten Seiten-Verwandten, die etwa gleiches Grades sind, denjenigen zu wählen, der den Hof erhalten soll i). Beschränkter ist freilich die Wahlbefugniß der Gutsherrn im Lüneburgischen und Hoyaischen, durch die Constitutionen vom 19. Mai 1702 und 29. Jan. 1720, welche bestimmen, daß, bey der Succession in die Meiergüter, die Söhne des verstorbenen oder abgegangenen Meiers, vor dessen Töchtern, und unter Beiden, die älteren Kinder vor den jüngeren, der Regel nach, den Vorzug haben sollen k). Allein es wird dabey ausdrücklich vorausgesetzet, daß der präsumtive Anerbe, oder das älteste Kind, zu der Uebernahme tüchtig, und dem Hofe nützlich vorzustehen im Stande sey; und da die Beurtheilung dieses Umstandes zuerst dem Gutsherrn zukömmt: so ergiebt es sich, daß auch hier die meierrechtliche Erbfolge des Aeltesten, nicht unbedingt, sondern wesentlich von der gutsherrlichen Ueberzeugung in Betracht der Tüchtigkeit des Anerben, abhängig ist. Ohne das Wissen und den Willen des Gutsherrn, kann in den hiesigen Landen kein Anerbe sich das Meiergut anmaßen. Dem Gutsherrn allein stehet das Besetzungsrecht zu; bevor derselbe in diesem Stücke seine Erklärung nicht ausdrücklich abgegeben hat, ist kein Anerbe der Stelle als Meier zu betrachten l); und hieraus folget dann von selbst die wesentliche Nothwendigkeit des Gesuchs um die Bemeierung, und die Erwirkung des Meierbriefes, von Seiten der Anerben. Im Calenbergischen ist es durch ein ausdrückliches Gesetz bestimmt, daß dieses Gesuch, oder die Anmeldung, innerhalb

l) Hannov. Anzeigen v. J. 1772. Anhang. Willich Auszug der Churbraunschw. Landesordn. B. 2. S. 716.

m) Corp. Conſt. Luneburg. Cap. 5. Sect. 8. Nro. 58. pag. 160.

n) Carſtens de Succeſſione villic. Cap. 3. §. 71.

halb Jahresfrist bey dem Gutsherrn angebracht werden muß, und daß widrigenfalls das Successions-Recht des Anerben verlohren gehet. Die dortige Meierordnung vom 12. Mai 1772 verordnet nämlich §. 5. Nro. 3. wörtlich Folgendes: „Es muß sich „ferner der nächste Erbe, oder die Vormünder der Kinder, wann „Letztere minderjährig sind, binnen Jahresfrist nach erledigter Stelle, „bey dem Gutsherrn melden, widrigenfalls dieselbe vorbeygegan„gen, und der Hof dem auf ihn in der Succession folgenden „eingethan werden kann" m).

An einer ähnlichen ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung mangelt es freilich für die übrigen Provinzen der Chur-Braunschweigischen Lande; nach der ganzen Natur des Meierrechts kann es aber nicht bezweifelt werden, daß auch in denselben der Termin zur schuldigen Anmeldung nicht auf unbedingte Zeit hinausgesetzet, und nicht schlechthin der Willkühr der Anerben überlassen ist. Regelmäßig muß der volljährige, mithin selbstständige Anerbe, unmittelbar nach Erledigung der Meierstelle, um die Bemeierung bey dem Gutsherrn nachsuchen, und die Vormünder minderjähriger, zu der Uebernahme der Stelle noch unfähiger Anerben, sind verpflichtet, gleichfalls sofort wegen der etwa erforderlichen Zulassung einer Interims-Wirthschaft, oder Anordnung einer Administration des Meierguts, die zweckdienlichen Anträge zu machen n). Nicht leicht wird indessen ein billiger Gutsherr, von einer nicht sehr beträchtlichen, vielleicht auch wohl jährigen, Vernachlässigung der Erfüllung jener Obliegenheit einen Grund hernehmen, um den saumseligen, volljährigen oder minderjährigen Anerben das Successionsrecht entziehen zu wollen. Sind die volljährigen Anerben, oder die für die minderjäh-

G 2 rigen

o) Eine ähnliche Bestimmung für die Herzoglich-Braunschweigschen Lande, enthält die dortige Verordnung v. J. 1703.

p) Runde von der Interims-Wirthschaft, §. 9 u. f. auch §. 32 u. f.

rigen agirenden Vormünder, an Ort und Stelle gegenwärtig, und wird durch sie die Bewirthschaftung der erledigten Stelle einstweilen auf eine zweckmäßige Art fortgeführet; so verlieret der Gutsherr, durch eine nicht zu übermäßige Verschiebung der Anmeldung, nicht wesentlich, und es wird ihm nicht schwer werden, durch Citationen, welchen etwa, wenn sie nicht befolget würden, die Androhung eines Strafhandlohns, oder des Verlustes des Successionsrechts, einzuschalten seyn mögte, die Nachlässigen zu ihrer Pflicht anzuhalten. Wie aber, wenn der präsumtive Anerbe einer erledigten Meierstelle, zu der Zeit des Abganges des vorigen Besitzers, oder nach Beendigung der Mahljahre des zugelassenen Interims-Wirths q), oder nach einer, während der Minderjährigkeit, von dem Gutsherrn gestattet gewesenen Administration der Stelle, volljährig, mithin in so fern zur Uebernahme der Wirthschaft qualificiret ist, derselbe aber an einem entfernten Orte sich aufhält, und, obgleich von der Erledigung der Stelle unterrichtet, die Anmeldung zur Bemeierung vernachlässiget? Auch in diesem Falle wird freilich ein nachsichtiger Gutsherr, zumal wenn die Zeit der Versäumung nicht zu übermäßig ist, am geneigtesten seyn, vorgängig den mildesten Weg zu wählen, und den Säumigen auf die vorerwähnte Art vorzuladen. Strenge genommen, läßt sich aber eine rechtliche Verpflichtung hierzu wohl nicht behaupten. Des volljährigen Anerben Schuldigkeit ist es, die Bemeierung nachzusuchen, und sich zu der Uebernahme der Stelle einzufinden, damit dieß nicht ohne Wirth bleibe. Dem Gutsherrn, der dabey, daß das Meiergut mit einem tüchtigen Wirthe besetzet ist, das größeste Interesse hat, leget schlechterdings kein Gesetz die Verbindlichkeit auf, den nachlässigen Anerben zu der Wahrnehmung und Erfüllung dessen eigener Rechte und Pflichten, vielleicht wohl gar durch die Anwendung kostbarer

q) Runde a. a. O. §. 75.

barer Mittel, als durch Edictalladungen u. d., aufzufordern, oder bis dahin, daß es dem säumigen Anerben gefällig ist, sich mit der Anmeldung einzufinden, eine, dem Hofe selten vortheilhafte Administration, oder eine Interims-Wirthschaft, zu verfügen. Hat ein volljähriger abwesender Anerbe, von der Erledigung der Stelle, und von der dadurch eintretenden Nothwendigkeit einer anderweiten Besetzung derselben, hinlängliche Kenntniß, und versäumet er dennoch willkührlich geraume Zeit, wofür gewiß der Verlauf eines mehr als jährigen Zeitraums gehalten werden kann, sich bey dem Gutsherrn wegen der Bemeierung zu melden, und sich zu der Uebernahme der Wirthschaft einzufinden; so lieget hierin unstreitig eine stillschweigende Entsagung seines Anerbrechts, oder wenigstens doch eine solche muthwillige Pflichtvernachlässigung, die den Gutsherrn, auch ohne das Daseyn eines ausdrücklichen Gesetzes über den Gegenstand, berechtiget, den Säumigen des Successionsrechts für verlustig zu erklären, und, behuf der nothwendigen Wiederbesetzung der Stelle, dem nächstfolgenden Succedenten die Bemeierung zu ertheilen r). Der Rechtsfall, in dem die vorstehenden Grundsätze bey dem höchsten Tribunale zur Anwendung kamen, war folgender. Ein von Hodenbergscher Meier, Jürgen Fegebank, hinterließ, bey seinem im Jahre 1777 erfolgten Ableben, einen Sohn und eine Tochter. Beide befanden sich noch in zarter Jugend, und es wurden für sie Vormünder bestellet, welche, mit Einwilligung der Gutsherrschaft, die Meierstelle einstweilen verpachteten. Der Sohn erlernte das Tischler-Handwerk, und begab sich, im Jahre 1785, auf die gewöhnliche Handwerkswanderung. Mehrmals unterstützten die Vormünder ihn auf der Wanderung mit Geldvorschüssen; als er aber, nach bereits erlangter Volljährigkeit, im Jahre 1790 abereinst einen nicht unbeträchtlichen baaren Vorschuß von

Straß-

r) Ludewig Jure Client. Sect. 3. Cap. 8. §. 14. lit. o.

Straßburg aus verlangte; so fand die Gewährung dieser Forderung, sowohl bey den Vormündern, als bey der Gutsherrschaft, Bedenken. Die Fortsetzung der Verpachtung der Stelle fand Schwierigkeiten; die Gebäude waren in einem schlechten Zustande, und sowohl in diesen, als in anderen Rücksichten hielt die Gutsherrschaft die Wiederbesetzung der Stelle für erforderlich. Der abwesende Fegebank ward hiervon durch seine Schwester benachrichtiget; er antwortete aber darauf so wenig schriftlich, als er sich persönlich einstellte. Im Jahre 1796, als die Gebäude noch mehr verfallen, und verschiedene gutsherrliche Gefälle rückständig waren, wollte der Gutsherr nun schlechterdings den Hof nicht länger unbesetzet lassen. Die Gutsherrschaft erwirkte daher bey dem Amte A. eine Edictalladung des abwesenden Fegebank, und als dieser auch hierauf nicht erschien; so ward er mit seinem Successionsrechte präcludiret, und ein tüchtiger Hauswirth, mit dem sich die Schwester des Präcludirten verheirathete, erhielt von dem Gutsherrn die Bemeierung mit der Stelle. Erst im Frühjahre 1799 kehrte der Tischlergeselle Fegebank in sein Vaterland zurück, und verlangte nun, im Wege Rechtens, die Abtretung der väterlichen Stelle von seinem Schwager Backhaus, wobey er sich vorzüglich darauf stützte, daß die Edictalladung, bey der allerdings einige wesentliche rechtliche Mängel eingetreten waren, ihm nicht zur Wissenschaft habe kommen können. Sowohl bey dem Amte A., als bey dem Hofgerichte zu Zelle, ward aber die Klage zurückgewiesen, und dem Kläger blos eine, den Kräften der Stelle angemessene, Abfindung vorbehalten. Fegebank appellirte zwar an das höchste Tribunal, allein dieses wies die Berufung, am 18ten Februar 1802, durch den nachstehenden Bescheid zurück: „Wenn auch das Daseyn eines der „Appellations-Summe gleichzuschätzenden Interesse des Implo„ranten, bey dem Ausgange dieses Rechtsstreits, besser als es „bisher geschehen ist, dargeleget werden könnte; da jedoch der „Implorant nicht in Abrede stellet, bereits mehrere Jahre vor

„der

„der am 13ten Mai 1796 von Unserm Amte A. erlassenen
„Edictalladung, sowohl von Seiten der Gutsherrschaft, als
„auch durch die Mitimploratin, von der Nothwendigkeit der
„Besetzung der väterlichen Meierstelle unterrichtet gewesen zu seyn,
„und derselbe demnnerachtet, wie doch schon ohne das, beson=
„ders nach erlangter Volljährigkeit, seine Pflicht gewesen wäre,
„sich zu der Annahme der Stelle nicht gehörig gemeldet hat;
„hiergegen aber dem Imploranten um so weniger eine Wieder=
„einsetzung in den vorigen Stand zu Statten kommen kann,
„da von ihm gar nicht gezeiget ist, daß er, bey der Zurück=
„kunft im Jahre 1799, von seiner ungewöhnlich, und übermä=
„ßig langen, angeblichen Handwerks=Wanderschaft, in Be=
„tracht seines damaligen Alters, auf diese Rechtswohlthat noch
„einen rechtlichen Anspruch habe machen können; so findet das
„angebrachte Gesuch nicht Statt."

X.

X. Erörterung.

Wenn ein Meier aus rechtlichen Ursachen abgemeiert wird; so bewirket dieses, auch gegen dessen Ehefrau und Kinder, den Verlust des meierrechtlichen Besitzes der Stelle.

Nach der Natur des Meiercontracts, erhält die Ehefrau eines Meiers, es mag nun die Meierstelle aus ihrer Familie herrühren, oder nicht, durch eine ihrem Ehemanne und ihr zu Theil gewordene Bemeierung kein besonderes, ihr allein eigenes Recht, vermöge dessen sie das von dem Ehemanne, durch sein Verschulden, verlorne Colonat sich für ihre Person fortdauernd zueignen kann. Rühret die Meierstelle von dem Ehemanne her, und hat die Ehefrau blos eingeheirathet; so kann dieser Grundsatz wohl gar keinen Zweifeln unterworfen seyn; allein auch in dem entgegengesetzten Falle reden demselben die überzeugendsten Gründe das Wort.

Die Anerbin einer Meierstelle, welche einen sogenannten Aufkömmling heirathet, der von der Gutsherrschaft als Meier angenommen wird, hat kein freies, unbeschränktes Eigenthum des Meierguts, sondern nur den nächsten Anspruch auf den meierrechtlichen Besitz der Stelle, in so fern sie sich desselben nicht, durch ein dem Meiercontracte entgegen seyendes Betragen, verlustig machet.

Dieser

Dieser Anspruch wird durch die Verheirathung mit dem einheirathenden Ehemanne realisiret, und der Letztere tritt, mit Zustimmung der Gutsherrschaft, völlig in die Rechte und Verbindlichkeiten der Anerbin, welche sich daher, weder stillschweigend, noch ausdrücklich, noch besondere Rechte in Betreff der Stelle vorbehalten kann. Beide Eheleute haben den Besitz und die Benutzung des Guts, und so wenig ihr Interesse, als ihre Befugnisse und Pflichten, in Betreff des Meierwesens, lassen sich von einander trennen a). Die beiden Eheleuten gemeinschaftliche Benutzung des Meierguts, welche durch das Einheirathen bewirket ist, muß als eine nießbräuchliche Gütergemeinschaft — Communio bonorum usufructuaria — angesehen werden, und da unstreitig der Ehemann dieser Societät oder Gemeinschaft vorstehet; so folget daraus, daß die contractswidrigen Handlungen desselben, sowohl den Kindern, als der Ehefrau, mit zum Nachtheile gereichen. Die Kinder haben nämlich ihr Successionsrecht in dem Meiergute nur durch und von dem Vater her; sie müssen desselben Facta tragen, und können, im eigenen Namen, auf keine Befugnisse weiter Anspruch machen, die der Vater, noch vor der Uebertragung an sie, verscherzte. Was aber die Frau betrifft, so hat diese, vorberührtermaßen, keine besondere, von der Person ihres Ehemannes individuelle Rechte an der Stelle, und dasjenige, was in der nießbräuchlichen Gütergemeinschaft von dem Ehemanne Nachtheiliges vorgenommen ward, trifft, in allen seinen Wirkungen auf das Meierrecht, um so billiger auch sie, da ihr, in einem entgegengesetzten Falle, aller Vortheil einer guten, contracts- und zweckmäßigen Verwaltung des Ehemannes zu Gute kömmt. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würden, zum größesten Nachtheile der Gutsherrschaften, Meier-Familien auf Höfen, die durch Einheirathen besetzet sind, auch bey der ver-

a) C. L. Runde von der Interims-Wirthschaft, §. 10.

verderblichsten Bewirthschaftung, nie abgemeiert werden können. Hätte sich der eigentliche Wirth die gröbsten, zur Abmeierung qualificirenden, Vergehungen zu Schulden kommen lassen; so träte die Ehefrau auf, um ihre vermeintlichen besonderen Ansprüche auf die Beybehaltung der Stelle geltend zu machen; und wäre dann auch von dieser die Abmeierung verwirket, so meldeten sich allenfalls noch die Kinder, um ihre Successions-Befugnisse zu behaupten. Alles dieses ist dem Wesen der Meierverfassung durchaus entgegen, und schon in älteren Zeiten hat daher das höchste Tribunal in mehreren Erkenntnissen angenommen: daß die rechtliche Abmeierung des Ehemannes, auch für dessen Ehefrau und Kinder, den Verlust des Meierrechtes bewirket t). Ganz den angenommenen Grundsätzen gemäs, setzet auch die Calenbergische Meier-Ordnung vom 12ten Mai 1772, §. 8, Nro. 3, Folgendes fest:

„Der Hof fällt, bey erkannter Abmeierung, dem Guts„herrn zu einer anderweiten willkührlichen Besetzung anheim, „ohne daß die Kinder oder Anverwandten des abgemeierten „Meiers einigen Anspruch daran machen können;“

und im §. 9 dieses Gesetzes, wo von einer, durch erregten Concurs veranlaßten, Abmeierung des Meiers die Rede ist, wird Nro. 8 der Ehefrau nicht allein alles Recht auf eine Beybehaltung der Stelle, sondern sogar die Befugniß, eine Leibzucht verlangen zu können, abgesprochen, und hierbey, nur ausnahmsweise, die folgende Einschränkung hinzugefüget:

„— jedoch ist letztere (die Ehefrau), wenn sie an dem Verfalle „des Hofes nicht Schuld ist, mit ihrem, erweislich zum wirk„lichen Besten des Hofes verwendeten Eingebrachten, nach „den gutsherrlichen Gefällen zu classificiren, und wenn sie sol„ches

t) a Pufendorf Tom. 4. Observat. 187. Hiermit stimmet auch überein: Danz i. Handbuche des deutschen Privatrechts. B. 5. §. 520. lit. F. Seite 310.

„ches aus dem Allodio nicht erhalten kann, ihr eine halbe „Leibzucht zuzubilligen u).“

Eben so unbedingt, und ohne einige, der Ehefrau oder den Kindern besonders zustehenden Befugnisse, wegen Beybehaltung des Meierrechts, zu erwähnen, reden auch die, über die Materie für das Fürstenthum Lüneburg geltenden Gesetze, von der Abmeierung in den Fällen, wo sich der eigentliche Wirth der Stelle, Vergehungen hat zu Schulden kommen lassen, welche für ihn den Verlust des Guts rechtlich bewirken x). Auch die, für die Herzogthümer Bremen und Verden unterm 5ten November 1753 erlassene Unter-Gerichts-Ordnung, welche, Tit. 12, §. 4, dem Gutsherrn das Recht beyleget, den zum Concurs gekommenen Colonum abzumeiern, erwähnet mit keiner Sylbe eines Rechts der Ehefrau oder der Kinder, für ihre Personen, in einem solchen Falle, auf die Beybehaltung des Meierguts Anspruch machen zu können. Nicht selten enthalten zwar Meierbriefe ausdrückliche gutsherrliche Zusicherungen des Mitgenusses des Meierrechts für die Ehefrau und die Kinder des Meiers y); die Aeusserungen der Art sind aber lediglich

 als

u) Hannoversche Anzeigen v. J. 1772, Anhang; und Willichs Auszug der Churbraunschweig. Landesgesetze B. 2. Seite 724.

x) Verordnung wegen Redintegrirung der Meierhöfe vom 1 Julius 1699 §. 8. Landes-Resolution vom 26. Nov. 1686 §. 5. Corp. Const. Luneburg. Cap. 5. pag. 143. Cap. 9. pag. 30.

y) Dergleichen Zusicherungen finden sich nicht selten in den Meierbriefen, welche den Meiern in den Herzogthümern Bremen und Verden ertheilet werden. Unter andern enthält das Formular eines Meier-Briefes, welches der, unterm 2ten September 1784, in besagten Provinzen erlassenen Instruction für die Kirchen-Juraten, als Anhang von Seite 29 bis 31, beygedrucket ist, folgende Stellen: — Nicht weniger lieget ihm (dem Meier) ob, die

als eine ausdrückliche Erwähnung und Bestätigung der unter beiden Eheleuten künftig subsistirenden nießbräuchlichen Gütergemeinschaft zu verstehen, und sie können schlechterdings nicht dahin ausgeleget werden, daß der Gutsherr damit die Absicht gehabt habe, der Ehefrau und den Kindern ganz eigene, von der Person ihres Ehemannes und Vaters abgesonderte, und selbst nach der Abmeierung des letzteren, annoch geltende Rechte auf das Meiergut beyzulegen.

Den vorstehenden Rechtsgrundsätzen gemäs, erkannte das höchste Tribunal, mittelst Sentenz vom 20sten Decemb. 1802 in Sachen von Viereck, wider des Rulf Feldmann Ehefrau Lücke, geborne Linnemann, zu Reckum, wegen Abmeierung.

überdem auf dem Hofe haftende Onera, nach wie vor, abzuhalten, dahingegen derselbe und seine Frau, den Hof — zu ihrem beiderseits Besten, genießen — mögen. — Wenn nun obgenannter N. N. diesem allen, so fleißig als treulich, als ihm gebühret, nachkommen wird; soll er, nebst seiner Frau, bey dem Meierrechte geschützet und vertreten werden, ihre eheliche Kinder auch, wenn sie Prästanda prästiren wollen, gegen Erlegung eines gebührlichen Weinkaufs, nach diesem, vor andern die Nähesten dazu, widrigenfalls aber des Meier-Rechts verlustig seyn.

XI.

XI. Erörterung.

Wenn sich ein Meier geraume Zeit von dem Meiergute gänzlich entfernet; so giebt dieses dem Gutsherrn einen rechtlichen Grund dazu, die Abmeierung zu verfügen.

Rulf Feldmann, der einen, von dem Major von Viereck relevirenden Meierhof zu Reckum im Herzogthume Bremen, cultivirte, verließ im Anfange des Jahres 1798 heimlich den Hof und seine Ehefrau, ohne auch in der Folge von dem Orte seines Aufenthalts Nachricht zu geben. Im October des gedachten Jahres wollte der Gutsherr, aus mehreren Gründen, vorzüglich aber wegen der Entweichung, die Abmeierung verfügen. Die zurückgebliebene Ehefrau des Feldmann behauptete, in ihrem und ihres minderjährigen Sohnes Namen, daß die Entfernung ihres Ehemannes keinen rechtlichen Grund zur Abmeierung enthalte. Es kam dieserhalb zum Rechtsstreite, in welchem das O.A.Gericht, in der letzten Instanz, vermittelst der in der nächstvorstehenden Erörterung angeführten Sentenz, völlig der Absicht des Gutsherrn gemäs, erkannte. Folgende

gende rechtliche Rücksichten kamen bey diesem Erkenntnisse zur Erwägung.

Mit dem Wesen des Colonats ist es unverträglich, daß der Meierhof sich ohne Wirth befindet, denn die Erhaltung des Guts, mithin der Nutzen des Gutsherrn, erfordert bey der Bewirthschaftung einen männlichen Beystand, der weder durch Pächter, noch Dienstboten, hinlänglich erreichet werden kann z). Ohne Zweifel lieget hierin auch der Grund, weßhalb mehrere Rechtslehrer, schon die Unfähigkeit des anwesenden Meiers, dem Colonate vorzustehen, und dasselbe selbst zu verwalten, für eine hinlängliche Ursache zur Abmeierung ansehen a); so wie denn auch die Lüneburgische Landes-Resolution vom 26sten November 1686, §. 5, ausdrücklich bestimmet: „daß die Adeliche und andere Gutsherren ihre Gutsleute, wann „sie kundbarlich den Höfen ferner vorzustehen untüchtig und „unvermögend sind, entsetzen mögen" b).

Wenn nun gleich der letztgedachte Grundsatz sich schwerlich aus dem Gemeinen Meierrechte rechtfertigen lassen dürfte c); so bleibet doch immer so viel ausgemachet, daß der Gutsherr dabey, daß ein Wirth auf der Stelle ist, das größeste Interesse hat. Gerade um deswillen verleihet der Gutsherr dem Co-

z) Struben Acceſſ. ad Jus villic. Obſerv. 44. pag. 505. Veltmann Diſſ. ſiſtens varia, cap. de hom. propr. Cap. 4. §. 18. C. L. Runde von der Interims-Wirthschaft §. 21 Seite 74.

a) Struben Comment. de Jure villic. Cap. 8. §. 8. Nro. 7. Selchow Elem. jur. Germ. §. 391. pag. 473.

b) Corp. Conſt. Luneburg. Cap. 9. pag. 30.

c) Struben Comment. de jure villic. Cap. 8. §. 20. pag. 373.

Colono das Meierrecht, und machet diesem die zweckmäßige Bewirthschaftung der Stelle zur Pflicht. Die persönliche Bewohnung und Verwaltung des Guts, von Seiten des Coloni, ist daher, der Regel nach, eine Conditio sine qua non bey dem Meiercontracte, welche, wenn der Meier sich der Erfüllung derselben durch eine gänzliche Entfernung entziehet, dem Gutsherrn die rechtliche Befugniß beyleget, den verlassenen Hof mit einem andern Wirthe zu besetzen. Einigermaßen zweifelhaft schien es freilich, ob die Entweichung des Rulf Feldmann schon sofort den Verlust des Meierrechts nach sich ziehen könne, und ob nicht vielmehr etwa der Entwichene zuvor edictaliter zu citiren, oder der Feldmannschen Ehefrau eine anderweite Verheirathung nachzulassen seyn dürfte. Eine nähere Erwägung der Sache ergab jedoch die Unstatthaftigkeit beider Maßregeln. Lag in der Art der Entweichung von dem Colonate, welche Rulf Feldmann sich hatte zu Schulden kommen lassen, schon an sich ein Bruch oder eine stillschweigende Entsagung des Meiercontracts, so war kein rechtlicher Grund vorhanden, der den Gutsherrn dazu verbinden konnte, den entwichenen Meier noch erst auf eigene Kosten edictaliter citiren zu lassen, oder der zurückgebliebenen Ehefrau die Auswirkung einer Edictalcitation zu gestatten, und bis zu dem Erfolge derselben die Stelle nicht zu besetzen. Wozu sollte auch wohl eine, nach aller Wahrscheinlichkeit fruchtlose, Edictalladung gedienet haben, und wie hätte man es dem Gutsherrn billigerweise zumuthen können, ohne alle Sicherheit wegen der Entschädigung, die beträchtlichen Kosten der Citation zu tragen, und die damit verknüpfte Verzögerung der Sache sich gefallen zu lassen? Eben so wenig konnte auch von einer der Feldmannschen Ehefrau zu verstattenden zweiten Verheirathung, welcher auf jedem Fall die Edictalcitation und eine Ehescheidung, wegen böslicher Verlassung, hätte vorausgehen müssen, die Rede seyn, da nach den, in der zunächstvorstehenden Erörterung ausgeführten, Grundsätzen die contractswidrigen, zu einer

Ab-

Abmeierung qualificirenden Handlungen des Coloni, auch auf dessen Ehefrau ihre volle Wirkung äussern, und so wenig die Ehefrau, als die Kinder, ganz eigene, von der Person ihres Ehemannes und Vaters abgesonderte, und nach der Abmeierung des letzteren annoch geltende Rechte auf das Meiergut haben.

XII.

XII. Erörterung.

Die aus dem Meier-Contracte entspringenden Klagen der Pfarr- und Kirchen-Meier gegen ihre Gutsherrschaft, sind im Fürstenthume Lüneburg, in erster Instanz, bey dem Consistorio anzubringen.

Häufig finden sich, in den Churbraunschweigschen Landen, Bauern, deren meierrechtlich verliehene Besitzungen und Höfe einen Theil des Patrimonii der Pfarren und Kirchen ausmachen, und die deshalb Pfarr- oder Kirchen-Meier genannt werden d). An einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung darüber, in wel-

d) Von dem Ursprunge dieser Arten von Meierleuten, und von deren, in anderen Ländern gebräuchlichen, verschiedenen Benennungen: Dotalbauern, Wiedemuthsbauern, Stiftsbauern, Gotteshausleute, Heiligenkreuzleute, Peterlinge, Pirmannskinder, Martensmänner, Ulrichsleute, u.s.w. sind nachzulesen: Heineccius i. d. vermischten Anmerkungen und rechtlichen Gutachten, S. 74 bis 99. G. L. Böhmer i. d. Vorrede zu Strodtmanns Abhandl. de jure curiali litonico. Kuchenbecker Analect. Hassiac. Collect. 9. pag. 65 — 106. de Cramer Obs. jur. Tom. 2. Obs. 689. §. 35 — 39. Treuer Untersuchung des Ursprungs und der Bedeutung des Martensmannes, Helmstädt 1733. Danz Handb. des deutschen Privatrechts B. 5. §. 489. Seite 185.

welchem Gerichtsstande die den Meiercontract bezielenden Klagen solcher Meierleute gegen ihre Gutsherrschaft, in der ersten Instanz, anzubringen sind, mangelt es, in den hiesigen Landen, gänzlich, und diese Frage muß daher, nach allgemeinen, aus anderen analogischen Gesetzen, und aus der Landesverfassung hergenommenen Grundsätzen, entschieden werden.

Der Vicepräsident von Pufendorf e) hat, unter Beziehung auf den Inhalt mehrerer im Fürstenthume Lüneburg geltenden Landesgesetze f), den allgemeinen Rechtssatz ausgeführet: daß die aus dem Meier-Contracte entspringenden Klagen der Meier gegen ihre Gutsherrn, nur bey der Letzteren ordentlichen Obrigkeit, nicht aber in dem Gerichtsstande der belegenen Sache, anzubringen sind, und es stimmet diese Ausführung so sehr mit dem ganzen Sachverhältnisse solcher Klagen, mit dem Inhalte der angezogenen Landesgesetze, und mit der bekannten Gerichts-Observanz überein, daß es dieserhalb keines vermehrten Beweises bedarf.

Ohne Zweifel muß die gedachte Regel auch auf die Klagesachen der Pfarr- und Kirchen-Meier ihre Anwendung finden, und es frägt sich hierbey nur: wer die eigentlichen Gutsherren dieser Meier sind, und welche gerichtliche Behörde, als die ordentliche Obrigkeit der Gutsherrschaften anzusehen ist?

Ist nun der Meier ein eigentlicher Pfarr-Meier, oder ein solcher, dessen Prästanda dem Pfarrer selbst zu gute kommen, weil

e) a Pufendorf Tom. 3. Observat. 88.

f) Lüneburgische Policei-Ordnung Cap. 44. §. 8. Dannenberg. Landtags-Abschied v. J. 1682, Art. 2. Nro. 3. Lüneburg. Landt.-Abschied v. J. 1686. Art. 5. Hoyaischer Landt.-Abschied v. J. 1695, §. 29.

weil das Meiergut, nach seiner ursprünglichen Bestimmung, einen Theil des Patrimonii des Pfarrdienstes ausmachet; so hat die Gutsherrn-Qualität des zeitigen Predigers gar kein Bedenken g). Auch bey den Kirchen-Meiern, kann, aber nach der hiesigen Landesverfassung, die Gutsherrschaft der Prediger nicht verkannt werden, wenn es anders richtig ist, daß derjenige als Gutsherr betrachtet werden muß, der vorzüglich über die Besetzung des Meierguts entscheidet, und die zu ertheilenden Meierbriefe ausfertiget; denn in den Monitis generalibus, die Kirchen- und Capellen-Rechnungen im Fürstenthume Lüneburg und der Grafschaft Hoya betreffend, wird, Monit. 47 und 48, Folgendes festgesetzet:

„Ein jeder Zins- oder Erben-Zins-Mann, auch Meier und „Köther, welcher Kirchen- und Capellen-Güter besitzet, muß einen „ordentlichen, respective Zins-, Erben-Zins- und Meierbrief, „lösen, worin das Gut, mit allen Zubehörungen, nebst der „Größe jeden Stücks, dessen Lage und übrige Beschaffenheit, „ob es zehnfrei oder nicht, u. s. w. deutlich zu beschreiben. Der „Zins-, Erben-Zins- und Meier-Brief ist bis zu weiterer Ver„ordnung von dem Pastore und Altaristen auszustellen; Es muß „aber selbiger, bey der darauf nächstfolgenden Kirchen- und Ca„pellen-Visitation, denen Visitatoribus zur Confirmation vor„geleget werden" h).

Die ordentliche Obrigkeit sämmtlicher Prediger, ist übrigens das Consistorium. Nur vor diesem können die Prediger, als solche,

g) Schnaubert Kirchenrecht der Protestanten, §. 318 u. f.

h) Corp. Const. Luneburg. Cap. 1. Sect. 4, Nro. 49. pag. 600 et 601. Hiermit stimmet auch überein: die Instruction für die Kirchen-Juraten in den Herzogth. Bremen und Verden v. J. 1784. §. 22.

solche, in erster Instanz belanget werden i), und so ist denn allerdings anzunehmen, daß die, aus dem Meiercontracte der Pfarr- und Kirchen-Meier entspringenden Klagen, gegen ihre Gutsherrn, die Prediger, vor das Consistorium gehören k).

Von dem höchsten Tribunale ward, am 4. März 1803, in Sachen der Kirche zu Düshorn wider Pröhl zu Hademstorf, in Gemäsheit dieses Grundsatzes erkannt. Als nämlich gedachter Pröhl, der Sohn eines ehemaligen Meiers der Kirche zu Düshorn, bey der Justiz-Canzlei zu Zelle dahin klagbar ward: daß der Anwald der Kirche schuldig erkannt werden möge, ihn, den Kläger, mit dem väterlichen Hofe zu bemeiern, und ihm den Besitz davon cum fructibus perceptis et percipiendis einzuräumen, Falls der Beklagte nicht erweisen könne, daß des Klägers Vater aus einem gesetzlichen Grunde des Meier-Rechts verlustig erkläret sey; so wandte der Anwald der Kirche, Exceptionem incompetentis fori ein. Die Justiz-Canzlei decretirte am 22. September 1802: „Nachdemmalen die opponirte „Exceptio incompetentis fori, sich, gegen diese Real-Klage, „als unerheblich darstellet, als wird Beklagter dessen damit be„schieden; jedoch Kläger, mit seiner alhier angebrachten Klage, „an das forum rei sitae, Falls er zu ruhen nicht gemeinet, da„mit verwiesen.“ Auf die hiergegen zur Hand genommene Appellation des Anwalds der Kirche, erließ aber das höchste Tribunal, unterm 4. März 1803, folgendes abänderndes Rescript:

„Wenn nun, nach Anleitung vorhandener Landesgesetze, „die aus dem Wesen des Meier-Contracts herzuleitenden Klagen „der

i) Lüneburgische Kirchen-Ordnung v. J. 1643. Cap. 4. §. 7. Corp. Const. Luneb. Cap. 1. Nro. 1. pag. 28.

k) Schlegel Churhannöversches Kirchenrecht, Th. 1. S. 150; welcher auch bezeuget, daß dergleichen Klagen häufig vor dem Consistorio zu Hannover verhandelt werden.

„der Meier gegen ihre Gutsherrschaft, nicht in foro rei sitae „des Meierguts, sondern bey der ordentlichen Obrigkeit des Guts„herrn, anzubringen sind; in dem vorliegenden Falle aber, nur Un„ser Consistorium, für die ordentliche Obrigkeit, des, in Gemäs„heit Moniti gener. 48, die Kirchen- und Capellen-Rechnungen „betreffend, vom Jahre 1734, als Administrator der Gutsherr„schaft über die besagte Pfarr-Meierstelle zu Ettenbostel, zu „betrachtenden Predigers zu Düshorn angesehen werden kann; „— So habt Ihr, unter Aufhebung Eures Bescheides vom 22. „September 1802, den Imploraten, Falls derselbe sich zu beru„higen nicht gemeinet seyn sollte, mit seiner Klage an gedachtes „Unser Consistorium zu verweisen" l).

l) Die Klagen der Prediger gegen Kirchen- und Pfarr-Meier, auf Beytreibung der zu leistenden Gefälle, und auf die Erfüllung der sonstigen Obliegenheiten, müssen bey der ordentlichen Obrigkeit der Meier, nämlich bey den Untergerichten, angestellet werden. Ob übrigens, wie Schlegel im Churhannöv. Kirchenrechte, Th. 1. S. 150, behauptet, die Klagen der Prediger gegen die Pfarr- und Kirchen-Meier, auf Abmeierung; wie auch die Klagen der Kinder oder Erben gedachter Meier unter sich, wegen An- und Absetzung, so schlechthin vor das Consistorium gehören, dürfte noch wohl manchen wichtigen Zweifeln unterworfen bleiben.

XIII. Erörterung.

Von den Processen der Meier und Gutsleute, und dem dabey stattfindenden Interesse der Gutsherrschaft.

Rechtsstreitigkeiten, welche den Meier oder Erbenzinsmann und dessen Familie persönlich betreffen, oder die eine Vermehr- oder Verminderung des Allodialvermögens derselben zum Gegenstande haben, gehen den Guts- oder Dienstherrn gar nichts an, und er darf sich in dergleichen Rechtshändel nicht einmischen *). Betrifft hingegen der Proceß den Hof selbst, dessen Gerechtsame und Pertinenzen, so ist dabey der Gutsherr in mehrern Rücksichten interessirt, weil ihm nicht nur entweder das völlige Eigenthum, oder doch das dominium directum, an der Substanz des Meiergutes, sondern auch das Recht zukommt, jähr-

*) Eben so wenig ist die Gutsherrschaft befugt, ihre einzelnen Gutsleute in Gemeinde- oder solchen Processen zu vertreten, und deren Rechte besonders auszuführen, wo die Befugnisse derselben von dem Rechte der ganzen Commüne abhängen, und sie solche nicht anders als Mitglieder dieser Gemeine exerciren können, z. B. in Hut- und Weidestreitigkeiten; denn dergleichen Processe können die einzelnen Gutsleute selbst ohne Vollmacht der ganzen Gemeine, oder $\frac{2}{3}$ derselben, nicht führen. L. 3. quod cuj. univ. nom.

jährlich zur bestimmten Zeit die gutsherrlichen Abgaben oder Dienste von dem Meier zu fordern.

Nach der Meierverfassung des Fürstenthums Lüneburg stehet den Gutsleuten ein wahres nutzbares Eigenthum, und ihren Nachkommen ein Erbrecht an der Colonie zu m). Vermöge dieses meierrechtlichen Eigenthums liegt ihnen die Conservation des Hofes, der Gerechtsame und Pertinenzen desselben, zunächst ob, und daraus folgt die Verbindlichkeit von selbst, das Colonat und alle demselben anhängende Gerechtigkeiten auf ihre Kosten gerichtlich zu vertheidigen. Die Gutsleute sind daher zu allen solchen Processen, welche das Gut selbst, dessen Zubehörungen und Gerechtsame betreffen, hinlänglich ad caussam legitimirt, und der Gutsherr ist nicht schuldig, sie in einem solchen Processe zu vertreten. Da indeß derselbe bey dergleichen Rechtshändeln allerdings ein gegründetes Interesse hat, so ist er auch zur Intervention berechtigt, wenn er sie zur gehörigen Zeit einbringt n). Hat er sich aber der Intervention nicht

m) Pract. Erörter. B. 2. Nro. 34. Nach der beständigen und notorischen Praxis führen die Coloni in eigenem Namen und auf ihre Kosten alle Reunionsprocesse. Sie müssen ferner ihre Güter selbst gerichtlich vertheidigen, und können sich weder mit der except. nominationis schützen, noch der Gutsherrschaft die Lasten und Kosten eines Processes, wie ein bloßer Pächter thun kann, aufbürden.

n) Nach der Vorschrift der Tribunalsordnung Th. 2. Tit. 6. §. 1. muß sowohl die Haupt- als Nebenintervention zu der Zeit angebracht werden, wo der Intervenient von dem vorhandenen Processe die erste Nachricht erhalten hat, und er darf damit nicht bis zum Schlusse der Sache, oder bis sie zur Execution stehet, warten; er müßte denn beweisen oder beschwören können, daß er nicht eher von dem Processe Nachricht erhalten, oder wich-

nicht bedient, und der Proceß ist wider seinen Gutsmann, selbst in petitorio, rechtskräftig entschieden; so muß er sich den ungünstigen Ausgang desselben ebenfalls gefallen lassen, ohne Unterschied, ob er Kenntniß und Wissenschaft von dem geführten Processe gehabt hat oder nicht. Die Rechtskraft stehet dem Gutsherrn allezeit entgegen, weil er bey dem getheilten Eigenthume des Meiergutes überall keine besondere, von den Rechten seines Gutmannes ganz verschiedene, Ansprüche zu vertheidigen und zu realisiren hat, sondern vielmehr nur solche, welche ihm und dem Gutsmann gemeinschaftlich zukommen, und er kann mithin den klagenden oder beklagten Meier, da letzterm die Vertheidigung des Colonats und dessen Gerechtsame zunächst und hauptsächlich obliegt, in der Rechtsverfolgung blos beystehen, aber nicht weiter zugelassen werden, wenn die Sache einmal rechtskräftig wider den Colonus entschieden ist o) Der Gutsherr verliert auch dadurch an seinen Gefällen und Diensten nichts.

Nach der Meierverfassung des Fürstenthums Calenberg hingegen stehet der Gutsherrschaft das Eigenthum des Meiergutes

tige und erhebliche Gründe anzuführen und zu bescheinigen vermögen, warum er nicht eher einkommen können. Trifft den Intervenienten der Verdacht einer böslichen Absicht, so soll ihn ex officio das juramentum malitiae auferlegt werden. Pufendorf in proc. civ. Part. 2. Cap. 16. §. 8 et 13. Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. Bedenk. 100.

o) a Pufendorf Tom. 4. Obs. 60. Vergl. Tom. 3. Obs. 64 et 65. Claproth im Processe §. 137. u. 346. In Gemäßheit dieser Grundsätze ist auch vom Zelleschen Hofgerichte in Sachen Anwaldes der Cammer w. die Begüterten vom Adel in der Amtsvogtey Beedenbostel, ad Acta des Zelleschen Braueramts w. Severloh und Cons. in pto. fremden Vieres, am 2ten Sept. 1797 rechtskräftig erkannt.

gutes, und dem Meier blos ein Erbpachtrecht an demselben zu p). Alle bey einem Meierhofe bisher genutzten Pertinenzen werden so lange für Meierland und eine Zubehörde des Hofes gehalten, bis das Gegentheil dargethan ist q). Processe, die bey einem Amte oder Gerichte nicht sofort und in der Kürze abgethan werden können, sondern zu einem Schriftwechsel kommen, darf der Meier mit einem Dritten, über den Hof und dessen Gerechtsame, ohne Einwilligung des Gutsherrn nicht führen, und die Gerichte sind angewiesen, diese gutsherrliche Einwilligung, wenn sie nicht beygebracht ist, ex officio zu erfordern r). Wird der Rechtsstreit über ein, bey dem Meierhofe zwar bisher genutztes, aber doch zu demselben erweislich nicht gehöriges, Pertinenz, z. B. über ein Erbgrundstück geführt, so ist die Einwilligung des Gutsherrn gar nicht erforderlich. Ist ferner das im Processe befangene Grundstück bey dem Hofe lange genutzet, aber doch erweislich nicht das Eigenthum des Gutsherrn, sondern eines Dritten, z. B. eines Stiftes, Klosters oder einer Kirche, und kommt es unter andern auf die Frage an: ob dasselbe in Zeit oder Erbpacht gegeben ist? so kann der Meier ebenfalls den Proceß für sich allein führen. Die angezogene Verordnung setzt blos solche Rechtshändel voraus, die den Hof und dessen Gerechtsame, folglich unbestrittene, oder doch im Zweifel mit der Meierqualität behaftete, zum Hofe gehörige Meierpertinenzen oder Gerechtigkeiten betreffen. Aber auch in Absicht der letztern liegt dem Gutsmanne die erste und nächste Vertheidigung ob. Die Meierordnung bestimmt ausdrücklich, daß der Colonus das Gut

p) Calenberg. Meierordn. vom 12. May 1772, Cap. 1. §. 1. beym Willich B. 2. S. 701 ff.

q) Meierordn. Cap. 1. §. 4.

r) Meierordn. Cap. 4. §. 9.

Gut erhalten und die erforderlichen Proceßkosten selbst bezahlen soll s). Er muß daher befugt seyn, auch ohne gutsherrlichen Consens, wenigstens den possessorischen Proceß anzufangen, oder sich in einem wider ihn erhobenen, nur das Besitzungsrecht betreffenden, Rechtsstreite zu vertheidigen*). Die Meierordnung redet selbst wörtlich nur von solchen Processen, welche der Meier mit einem Dritten, über den Hof und dessen Gerechtsame, zu führen hat, und ist daher blos von petitorischen Processen zu verstehen und zu erklären. In Rücksicht der letztern ist der Meier, ohne des Gutsherrn Einwilligung, nicht ad caussam legitimirt, weil sie die Proprietät oder sonstigen Realbefugnisse des Gutsherrn betreffen. Die wider den Colonus ergangene Rechtskraft stehet daher auch dem erstern nicht im Wege, und er kann seine eigenthümlichen Ansprüche auf den Meierhof, dessen Pertinenzen und Gerechtsame mit einer neuen Klage wider einen Dritten realisiren und in separato ausführen, wenn er sich mit der Haupt- oder Nebenintervention verspätet haben, die Sache wider seinen Gutsmann rechtskräftig entschieden seyn und zur Execution stehen sollte t). Ist hingegen blos in possessorio, aber rechtskräftig, wider den Gutsmann erkannt, so muß der Gutsherr diese Rechtskraft gegen sich ebenfalls gelten lassen, weil die Frage über das Besitzungsrecht, als ein vorläufiger, lediglich vorbereitender Streitpunct, dem Gutsherrn gar keinen unersetzlichen Nachtheil bringt, und ein Dritter durch richterliches Erkenntniß den Besitz erlangen kann u), dessen Vortheile ihm

s) Meierordn. Cap. 1. §. 1, und Cap. 4. §. 9.

*) Struben de jure villic. C 3. §. 33. in fine.

t) Danz Handbuch des Processes §. 482. Martin Lehrbuch des Processes §. 227.

u) L. 80. D. de Reivind. Thibraut über Besitz und Verjährung

ihm durch die Dazwischenkunft des Gutsherrn nicht genommen und entzogen werden dürfen. Das höchste Tribunal rescribirte daher am 10. Jul. 1802, in Sachen der Gemeinde Oehrige w. Mensing und den von Reden, als Intervenienten: Nachdem implorantische Gemeinde gegen den Imploraten, dem als Erbenzinsmann nicht nur prima defensio zugestanden, und der sich ohnehin auf die Klage eingelassen hat, die Pflichtigkeit seines Hofes, zu den Gemeindewerken und Abgaben zu concurriren, bereits rechtskräftig erstritten hat; diese Rechtskraft aber, wenn gleich Intervenient, bey dem Zugeständnisse der Imploranten, dagegen in integrum zu restituiren gewesen, dennoch nicht eher entkräftet werden mag, als bis Intervenient ein anderes in separato ausgemacht; so habt ihr die bereits erkannte Execution zu revigorisiren, und den Imploraten zur Concurrenz zu den Gemeindewerken und Abgaben sowohl de praeterito, als pro futuro, gegen eine auf Verlangen von der implorantischen Gemeinde zu bestellende Caution de eventualiter restituendo anzuhalten, den Intervenienten hingegen mit seiner Intervention ad separatum zu verweisen. Und am 5. Febr. 1803 ward, in Sachen Parmann w. Fehling und dessen Gutsherrn Baring, dahin vom Calenberg. Senate des Oberappellat.-Gerichts rescribirt: Wenn nun die Disposition der Calenberg. Meierordnung, Cap. 4. §. 9, auf den gegenwärtigen Fall, zumal bey dem bereits rechtskräftig zu Gunsten des Imploranten entschiedene possessorio, keine Anwendung finden mag, so habt ihr den Imploranten, salvo petitorio, im Besitze des Landes zu schützen.

§. 19. Westphal vom Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 920.

XIV. Erörterung.

Ueber die Strafbarkeit unbefugter Aufforderungen in Zeitungen und Intelligenzblättern.

Es scheint in neuern Zeiten ein fast allgemeiner Gebrauch werden zu wollen, daß Jemand, der einen Anspruch, eine Forderung an eine bestimmte Person hat, oder zu haben vorgiebt, solche in öffentlichen Blättern entweder geradezu als einen Betrüger signalisiren, oder zur Bezahlung der Schuld, Rücklieferung gewisser Dinge u. s. w. mit der Drohung auffordern läßt, daß widrigen Falles deren Namen öffentlich genannt werden, und sie sich die üblen und unangenehmen Folgen dieses Mittels selbst beyzumessen haben sollte. Ist die genannte, oder wie es anfangs, zur Schreckung, wohl zu geschehen pflegt, blos mit Bemerkung der Hauptbuchstaben des Namens und Aufenthaltorts, allen ihren Verwandten, Freunund und Bekannten kenntlich genug gemachte, Person ein vagabondirender Mensch, der keinen bestimmten Wohnort hat, so mag sich eine solche Warnung oder Aufforderung, davon man fast in allen Zeitungen und Anzeigern Beyspiele findet, allenfalls noch entschuldigen lassen. Wird aber dieses Mittel gegen Personen gebraucht, die in Civil- oder Militairdiensten stehen, und die überhaupt einen bekannten Wohnort und Gerichtsstand haben, so ist es rechtswidrig und strafbar. Ein jeder ist verbunden, seine wirklichen oder vermeinten Rechte

durch

durch die richterliche Gewalt verfolgen zu lassen. Wer sie aber nach seinem Privaturtheil verfolgt, der beleidigt jene und handelt eigenmächtig, indem er sein rechtliches Verhältniß gegen den andern, ohne dessen Einwilligung und mit Vorbeygehung der ordentlichen Obrigkeit, verändert. In einem solchen Inserate liegt daher immer eine Art von Selbsthülfe, die der Inserent auch durch den Vorwand eines rechtmäßigen Zwecks überall nicht rechtfertigen kann, so lange es ihm möglich war, die Hülfe und den Beystand des Richters nachzusuchen und zu erlangen x). Gewöhnlich concurrirt dabey überhin noch eine Concussion und Injurie. Der Inserent will offenbar dadurch die Realisirung seiner Ansprüche, ohne die Hülfe des ordentlichen Richters anzugehen, erzwingen, und den Aufgeforderten oder Signalisirten, durch die Vorstellung unangenehmer Folgen, veranlassen, sie zu erfüllen, ohne von seinen Einreden, wider die Anforderung, Gebrauch zu machen. Wer durch dergleichen Drohungen und erregte Furcht sich einen Vortheil zu verschaffen sucht, der begehet allerdings eine strafbare Erpressung, und er hat es seiner eigenen Schuld beyzumessen, wenn der Richter, auf Anrufen seines Gegners, dem letztern zur Hülfe eilt y). Daß übrigens dergleichen einseitige Insertionen, in Zeitungen und Intelligenzblättern, auch als öffentlich zugefügte Injurien anzusehen sind, hat keinen Zweifel. Sie bezwecken nichts geringeres, als den Aufgeforderten, wenn er sich dem Anspruche nicht willig unterwerfen will, gleichsam als einen Betrüger darzustellen, ihn der Verachtung des Publicums preiszugeben, und damit seine Ehre zu kränken und seinen Credit zu schwächen. Wer also, mit Vorbeygehung der obrig-

x) Klein Grundsätze des peinl. Rechts §. 105 und 196. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts, §. 220.

y) Feuerbach a. a. O. §. 464. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, §. 392 und 566.

obrigkeitlichen Hülfe, eine solche, die Ehre und den guten Namen seines Schuldners herabwürdigende, Handlung unternimmt, der begehet eine öffentliche Beschimpfung z), macht sich einer Injurie schuldig, und kann mithin die Absicht, zu kränken, nicht von sich ablehnen a). Ueberhaupt verdient diese unbefugte Art, sein Recht zu verfolgen, allgemein gemißbilligt zu werden. Sie kann das Glück, die Ruhe und Achtung des Aufgeforderten, nach dessen besondern Verhältnissen und Verbindungen, leicht unterbrechen, und wohl gar zerstöhren. Kein Redacteur eines öffentlichen Blattes sollte daher dasselbe zum Depot solcher Aufforderungen machen, oder, was noch wirksamer wäre, die Regierungen es untersagen, sie aufzunehmen. Die privatGenugthuung und öffentliche Bestrafung ist übrigens nach der Person des Beleidigten und der Beschaffenheit der öffentlichen Aufforderung selbst, mithin nach den jedesmaligen besondern Umständen zu bestimmen. Je leichter und geschwinder der Beleidiger rechtlichen Beystand und Hülfe hätte erlangen können, desto strenger muß er bestraft, die Strafe desselben aber alsdann billig gemildert werden, wenn die Hülfe der ordentlichen Obrigkeit des Schuldners schwer oder kostbar zu erlangen gewesen seyn würde b).

Der Gastwirth F. in L. hatte an den Lieutenant von J. eine Forderung von wenigen Thalern. Als der letztere abgereist war,

z) Schon in ältern Zeiten fand eine öffentliche Beschimpfung des Schuldners nie anders Statt, als wenn sie vertragsmäßig, als Conventionalstrafe, beliebt war. Runde deutsches Privatrecht §. 218. Klüber de pictura contumeliosa §. 8. und dessen kleine jurist. Bibliothek B. 3. Nro. 154.

a) Weber über Injurien Th. 1. S. 16 und 51 f.

b) Klein a. a. O. §. 197.

war, und nachher nicht so gleich bezahlte, forderte ihn der Gastwirth F. in dem Hamburger Correspondenten, mit Bezeichnung der Hauptbuchstaben seines Namens und Wohnorts, wodurch der Schuldner vollkommen kenntlich gemacht war, dahin auf: „daß er binnen 4 Wochen sich mit Bezahlung der Forderung einfinden solle, widrigen Falles er durch Bekanntmachung seines Namens sich die unangenehmen Folgen davon selbst beyzumessen haben werde." Der Lieutenant von J. hielt sich durch diese öffentliche Aufforderung mit Recht beleidigt und beschimpft. Er klagte wider den Gastwirth F., und dieser ward, nach untersuchter Sache, von der Regierung zu R. zu einer öffentlichen Abbitte, einem achttägigen Gefängniß und zum Kostenersatze verurtheilt. Als er sich von diesem Erkenntnisse an das Ober-Appellations-Gericht wendete, ward dessen Appellation, mittelst Bescheides vom 10. Dec. 1802, dahin verworfen: Nachdem dem Imploranten, bey der gehabten Wissenschaft von dem Wohnorte des Imploraten, obgelegen, diesen auf die Bezahlung seiner Forderung bey der Behörde gerichtlich in Anspruch zu nehmen; derselbe aber keineswegs berechtigt gewesen, durch eine solche, eine Art von Concussion enthaltende, öffentliche Bekanntmachung, als eine ganz unerlaubte Selbsthülfe, sich selbst zu seiner Forderung zu verhelfen, mithin dem Imploranten sowohl an sich, als auch in Rücksicht des zwischen ihm und dem Imploraten obwaltenden Verhältnisses, eine strafbare öffentliche Injurie zur Last fällt: so kann dem Gesuche nicht deferirt werden.

XV. Erörterung.

Bemerkungen über den Entreprise-Contract.

Im Allgemeinen verstehet man unter dem Entreprise-Contracte diejenige wechselseitige Verabredung, vermöge welcher der eine Theil, gegen eine bestimmte Summe, die Bewerkstelligung einer Sache verlangt; der andere hingegen für ein gewisses bedungenes Geld, oder Aversionalquantum, die Ausführung derselben auf eigene Gefahr und Kosten übernimmt. Jener ist der Besteller, dieser der Unternehmer, Entrepreneur. Die Objecte einer Entreprise können sehr verschiedenen und mannigfaltigen Modificationen unterworfen seyn. Nicht blos Fabrik- und Manufacturanstalten, sondern auch Lieferungen c), Baue, Transporte und andere ähnliche Gegenstände pflegen in Entreprise gegeben und genommen zu werden d). Wird dieselbe von Privat-

c) vom Lieferungscontracte s. m. des allgem. Preuss. Landrecht Th. 1. Tit. 11. §. 981.

d) Krünitz Encyclopädie Th. 11. S. 75. — Von dem Entreprisencontracte bey dem Bauwesen, sonderlich der den Entrepreneurs — redemtores — wegen der Bauentreprise geleisteten Vorschüsse, kommen verschiedene Verordnungen im römischen Rechte vor. M. s. Westphal vom Kauf-, Mieth- und Pachtcontracte §. 934 f. Michaelis allgem. Baurechte. Braunschw. 1781.

Privatpersonen unternommen, so geschiehet es entweder von Seiten eines einzelnen Unternehmers, oder einer Societät und Compagnie. An sich läuft dieses auf eins hinaus. Streitigkeiten, welche unter den Contrahenten entstehen, müssen ihre Entscheidung zunächst aus dem errichteten Contracte selbst erhalten; sonst aber nach der Natur des Geschäfts und den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen, sonderlich des Kauf- und Miethcontractes und was dabey Rechtens ist, beurtheilt werden.

Die besondern wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche für die contrahirenden Theile aus diesem Contracte entspringen, lassen sich auf folgende allgemeine Grundsätze zurückführen:

Beide Contrahenten suchen bey diesem Contracte sich einen Vortheil zu verschaffen; beide haben aber auch Beschwerde. Sie müssen sich daher wechselseitig culpam levem leisten, wie der Unternehmer, vermöge seiner Kunst oder eines besondern Vertrages, nicht etwa zur Prästation der culpa levissima verbunden ist.

Der Besteller, oder der, für welchen die Entreprise übernommen wird, hat diejenigen Gelder, wodurch der beabsichtigte Zweck erreicht werden soll, entweder auf einmal, oder in den festgesetzten Terminen, vor, während oder nach herbeygeführtem Zwecke, contractmäßig an den Unternehmer auszuzahlen. Er ist dagegen befugt, darauf zu achten, daß der Zweck der Entreprise zur bestimmten Zeit erreicht und gehörig erfüllt wird. Aller Nachtheil und Schaden, der bey dessen Herbeyführung etwa eintreten könnte, wird von dem Besteller entfernt, da der Zweck derselben ihm zum Vortheil gereichen soll, und die, zur Erreichung des entreprenirten Zwecks, anzuwendenden Mittel im Eigenthume des Entrepreneurs stehen. Will indeß der Besteller, weil ihm der in Entreprise gegebene

Gegenstand durch veränderte Umstände, welche durch dessen freie Handlungen herbeygeführt sind, unnütz oder unbrauchbar geworden ist, den Contract widerrufen; so muß er den Unternehmer sowohl wegen der bereits gemachten Anstalten, oder verwendeter Bemühungen und Kosten, als auch wegen des erweislich entgangenen Vortheils, vollständig entschädigen.

Der Entrepreneur kann verlangen, daß ihm die bedungene Geldsumme, wodurch der Besteller das Risico oder Beschwerliche des beabsichtigten Zwecks von sich ablehnen will, zur bestimmten Zeit und auf die verabredete Weise unverkürzt ausgezahlt wird. Dagegen ist er verpflichtet, den Zweck, dessen Erfüllung er übernommen hat, auf seine alleinige Gefahr und Kosten, oder auf Gewinn und Verlust, dem Contracte gemäs herbeyzuführen. Es stehet ihm aber völlig frei, diejenigen Mittel, wodurch der Zweck der Entreprise erreicht werden soll, da solche, bey fehlender besonderer Verabredung, sein Eigenthum sind, nach seiner Einsicht zu wählen. Er kann daher bey der Wahl derselben und deren Anwendung alle diejenigen Ersparungen, in so fern sie nur dem Zwecke der Entreprise nicht schädlich oder hinderlich sind, eintreten lassen, wodurch er sich Vortheil zu verschaffen, Schaden zu verhüten, oder das übernommene Risico zu verringern im Stande ist. Seiner übernommenen Verpflichtung darf er sich aber nicht entziehen, wenn auch, durch nachher eingetretene Umstände, die Erreichung des entreprenirten Zwecks erschweret werden sollte, und er ist überhaupt verbunden, den Besteller zu entschädigen, wenn der Zweck der Entreprise, durch die Wahl schlechter Mittel oder sonst durch seine Schuld, auf die verabredete Weise nicht erreicht wird.

Entstehet die Unmöglichkeit, den geschlossenen Entreprisen-Contract zu erfüllen, nicht durch die Schuld des einen oder des andern Contrahenten, sondern durch einen bloßen Zufall, oder durch

durch eine, dem Zufalle gleich zu achtende, unabwendbare Gewalt und Uebermacht; so muß derselbe, wie jeder andere Vertrag, als aufgehoben betrachtet werden. Aber alsdann hat jeder Theil dasjenige, was ihm von dem andern, in der Erwartung der gegenseitigen Erfüllung, bereits gegeben oder geleistet ist, zurück zu geben, oder zu vergüten e), weil nach der Natur des Entreprisen-Contractes, als eines zweiseitigen Vertrages, das Versprechen von jeder Seite nur bedingt geschiehet.

Nach dem Systeme des römischen Rechts würde man übrigens diese Conventionsart für einen contractum sine appellatione, für einen contractum incertum halten, und, da sie allerdings causam hat, in die Klasse der **unbenannten** Contracte setzen müssen f). Denn wenn gleich dieselbe, wie der **Commissions- und Speditionsvertrag** bey uns —, und bey den Römern die *permutatio* und der *contractus aestimatorius*, einen eigenen Namen hat; so läßt doch der Entreprisencontract keine gewisse und individuelle Klageformel darum zu, weil er sehr vieler willkührlicher Modificationen fähig ist. Es kann also daraus keine specielle Klage, sondern nur actio in factum, oder ex praescriptis verbis entspringen. Allein dadurch unterscheidet sich der Entreprisencontract von den unbenannten Contracten der Römer, daß man bey den letztern ex capite poenitentiae zurückgehen, und mit der conditione caussa data das Gegebene zurückfordern konnte, wenn das Gegenversprechen des Andern noch nicht erfüllt war; bey dem Entreprisencontracte hingegen kann, nach den Grundsätzen des teutschen Rechts, wo aus jedem erlaubten Vertrage sogleich eine Verbindlichkeit erwächst, kein Theil in der Regel einseitig von dem-

e) arg. leg. 5. pr. et ult. D. de condict. causa data; leg. 15. §. 6. D. locati conducti. **Glücks** Commentar §. 325 und 326.

f) L. 9. pr. D. de reb. cred. L. 7. §. 2. D. de pact. L. 2. D. praescript. verb.

demselben abgehen, vielmehr muß Einer den Andern auf die Erfüllung seines Versprechens belangen g). Dieses kann jedoch nur dann erst mit völliger Wirkung geschehen, wenn der Kläger seinerseits den Entreprisencontract bereits erfüllt, oder sich zu dessen Erfüllung ausdrücklich bereit erklärt hat, weil ihm sonst der Beklagte die exceptio non adimpleti contractus, oder implementi non secuti entgegen zu setzen befugt ist h).

Eine besondere Art des Entreprisencontractes findet in Kriegszeiten zwischen der Königl. Kriegscasse und den Compagnie-Cheffs, in Rücksicht der Transportirung gewisser Feldrequisiten, Statt. Die letztern haben nämlich den Transport der Zelte, Decken und die Zufuhr des Brodtes für ihre Compagnie zu besorgen. Behuf der ersten Anschaffung der dazu nöthigen Erfordernisse an Pferden, Brodtwagen, Satteln, Geschirr und Montirung der Knechte, wird aus der Kriegscasse eine gewisse Summe ausgezahlt, ingleichen, zur Unterhaltung und Ersetzung des Abganges, monatlich nicht nur ein Gewisses an Gelde, sondern auch täglich an Portionen und Rationen, ferner an Knechtslohn auf Montirung, ein bestimmtes Quantum verabreicht. Beides, die Anschaffung und Unterhaltung, ist den Compagnie-Cheffs in der Maaße in Entreprise beygelegt, daß sie die erste Anschaffung sowohl, als die Unterhaltung dieser Artikel, auf Gewinn und Verlust, gegen Empfangnahme der ausgeworfenen Gelder und Naturalien, übernehmen und besorgen müssen. Die Unterhaltungsgelder sind zwar ein Eigenthum des Capitains; aber dagegen muß er auch den Abgang an den erwähnten

g) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 40. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 801, wo auch die Ausnahmen vorkommen.

h) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 136. Pract. Erörter. B. 1. Nro. 23.

wähnten Feldrequisiten ersetzen, und alle Stücke jederzeit in completem und dienstmäßigem Stande haben und erhalten. Unter dieser Voraussetzung gebühret dem Capitain der Ueberschuß der Unterhaltungsgelder eigenthümlich. Gehet aber derselbe, durch höhere Beförderung, oder auf andere Weise, während des Krieges ab, so muß seinem Nachfolger alles, was zu den Brodt-, Decken- und Zelt-Transportstücken gehört, in völlig completer und dienstmäßiger Beschaffenheit abgeliefert, oder das fehlende, mangelhafte und undienstmäßige Stück dem Nachfolger von ihm ersetzt werden. Damit jedoch die Compagnie-Cheffs desto mehr zur dienstmäßigen Instandhaltung aller dieser Requisiten ermuntert werden, erhalten sie, nach geendigtem Kriege, alle zu der geführten Entreprise gehörigen Stücke, an Wagen, Pferden und Geschirr, als Eigenthum zu ihrer völlig freien Disposition i). Auf eben diese Weise pflegt die Transportirung der Registraturen des Generalcommando's und der damit verbundenen Behörden, z. B. des Generalkriegsgerichts, in Entreprise gegeben zu werden.

Dabey entstehet nun die Frage: Ob der Entrepreneur, welchem die Transportirung der Feldregistraturen in Entreprise gegeben ist, bey einem kürzern oder längern Ruhestande der Armee, k) Knechte, Wagen und Pferde einstweilig abzuschaffen; die zu deren Unterhaltung ausgesetzten Gelder und Naturalien aber dennoch zu fordern, und auf die Weise sich einen Gewinn zu verschaffen, befugt sey? Nach allgemeinen, vom Entreprisencon-

i) Haushaltsreglement für die Churbraunschweig. Infanterie v. J. 1786. Th. 2. Cap. 16. §. 33 bis 39.

k) Der Transport der Zelte, Decken, sonderlich des Brodtes, leidet zu keiner Zeit einen Stillstand; mithin kann der Entrepreneur die dazu erforderlichen Knechte, Wagen und Pferde im Felde niemals abschaffen.

contract geltenden, Grundsätzen würde man diese Frage in dem Falle bejahend zu entscheiden haben, wenn überhaupt der Transport der Feldregistraturen Jemandem in Entreprise gegeben wäre. Alsdann würde die Verbindlichkeit des Entrepreneurs blos darin bestehen, den Transport derselben zur bestimmten Zeit und an den vorgeschriebenen Ort jedesmal ohne Anstand zu bewerkstelligen. Die Art des Transports und die Anwendung der dazu erforderlichen Mittel, in so fern nur die Fortschaffung dadurch nicht aufgehalten oder vereitelt wird, würden aber ganz von der Willkühr des Entrepreneurs abhängen, und als dessen, zur freien Disposition bleibendes, Eigenthum betrachtet werden müssen, wenn deßhalb nichts besonderes verabredet wäre. Er würde daher wohl befugt seyn, bey einem temporellen Ruhestande Wagen, Knechte und Pferde abzuschaffen, und die weitere Fortschaffung der Registratur, nöthigen Falles, durch fremdes Fuhrwerk, oder fremde Lastthiere, die er allenfalls in Miethe nehmen könnte, besorgen zu lassen. Denn aller Vortheil, welchen sich der Entrepreneur, ohne dem Zwecke der Entreprise zu schaden, bey der Anwendung der dazu nöthigen Mittel verschaffen kann, bleibt allezeit ein ihm erlaubter Gewinn.

Bey genauer Erwägung der Sache ist indeß die obige Frage doch verneinend zu entscheiden. Die Königl. Kriegscasse giebt, in den vorhin erwähnten Fällen, den Capitains, oder Unternehmern der Registraturfortschaffung, nicht eigentlich den Transport der Zelte, Decken, Brodtzufuhren und Registraturen, gegen ein gewisses Aversionalquantum, in Entreprise; sondern blos die erste Anschaffung der Transportmittel und deren Unterhaltung. Der Entrepreneur kann sich daher bey der ersten Anschaffung oder Instandhaltung derselben zwar einen, mit dem Zwecke der in Entreprise gegebenen Mittel verträglichen, Vortheil zu verschaffen suchen; aber er ist doch verbunden, wenn er seinen Contract erfüllen will, die Transportmittel nicht blos wirklich anzuschaffen, sondern solche

solche auch, bis zur Endschaft der militairischen Operation, in völlig completem und dienstmäßigem Stande zu erhalten. Die Unterhaltungskosten werden zu dem Zwecke gegeben, damit die Transportmittel in steter Bereitschaft seyn können. Wenn nun der Entrepreneur sich demungeachtet derselben willkührlich entledigen, solche ganz abschaffen oder contractswidrig vermindern; die ordonanzmäßigen Gelder und Naturalien aber darauf erheben und beziehen wollte; so würde man mit Recht eine solche Forderung darum ablehnen können, weil der Entrepreneur die Bedingung nicht erfüllt hat, unter welcher die Auslobung der Gelder und Naturalien geschehen ist. Aus eben diesem Grunde kann auch die Königl. Kriegscasse die etwa bezahlten und verabreichten Gelder und Naturalien, oder den Geldwerth der letztern, mit der conditione caussa data, caussa non secuta zurückfordern; weil der Entrepreneur, wenn er die in Entreprise gegebenen Transportmittel einseitig abgeschafft oder verringert hat, das Empfangene ohne Zweifel sine caussa besitzen und genossen haben würde[l]). Beurtheilt man übrigens den Fall, wie es bey dem Mangel eines speciellen Contracts geschehen muß, nach der Vorschrift des Haushaltsreglements, so haben diese Grundsätze durchaus keinen Zweifel. Vermöge desselben sollen die Transportmittel stets in dienstmäßigem completem Stande seyn, und von dem Vorgänger dem Nachfolger also abgeliefert werden; das Mangelhafte derselben soll unverzüglich hergestellt und der Abgang ersetzt werden; die Cheffs sind angewiesen, auf die dienstmäßige Beschaffenheit der Transportstücke und deren Instandehaltung zu sehen u. s. w. Der Entrepreneur darf sie daher, nach seiner eigenen Einsicht und Willkühr, überall nicht abschaffen oder dienstwidrig verringern, weil die Nothwendigkeit des Gebrauchs derselben

l) arg. leg. 5. pr. et. ult. D. de condict. caussa data. L. 15. §. 6. D. loc. conduct. Böhmer de Action. Sect. 2. Cap. 5. §. 21.

selben oft sehr schleunig eintreten kann. In Gemäßheit dieser Grundsätze erkannte auch das höchste Tribunal, am 22. Oct. 1801, in Sachen des Kriegs-Secretairs Meißner w. den Anwald der Kriegscanzlei, pto. zu restituirender Gelder, auf folgende Weise: Da, quod grav. I mum, nach deutlichem Inhalte des Militairhaushaltsreglements de 1786, P. 2. c. 16. §. 34, 35, 36 und 37, als nach welchem, in Ermangelung besonderer zwischen dem Imploranten und unserer Kriegscanzlei eingetretenen Contractsbestimmungen, und, da ohnehin beide Theile sich darauf berufen, die hier eintretenden wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zu ermäßigen sind, dem Imploranten nicht der Transport der General-Staabs-Registratur, sondern vielmehr die Anschaffung und Unterhaltung der dazu erforderlichen Transportmittel in Entreprise gegeben worden, und hinfolglich nur dann derselbe die ihm ausgesetzten Entreprisengelder zu fordern gehabt hätte, wenn er, wie solches auch sothanes Haushaltsreglement ausdrücklich verlangt, das ganze Fuhrwesen in gehörigem dienstmäßigem Stande bis zu seinem Abgange erhalten hätte; selbiger aber geständigermaßen in der Mitte des Februar 1797 sothanes Fuhrwerk abgeschafft, und sich dadurch selbst der dafür ausgesetzten Entreprisengelder verlustig gemacht hat; so kann dem Gesuche nicht deferirt werden.

XVI. Erörterung.

Wer eine Rechnung ohne Widerrede annimt, und darauf abschlägliche Zahlung leistet, begiebt sich dadurch keinesweges seiner Einreden wider die Richtigkeit der einzelnen Ansätze in der Rechnung.

Die mehrsten Rechtslehrer nehmen es als eine rechtliche Präsumtion an, daß derjenige, welcher Briefschaften, die an ihn gerichtet sind, ohne Widerspruch annimt und behält, dadurch die Verbindlichkeit, den Contract, oder die Schuld, wovon in diesen Briefschaften die Rede ist, approbiret m). Zur Bestätigung dieser Lehre gründet man sich auf den Inhalt L. 19. Dig. ad S. C. Maced, welcher dahin lautet: Si filius familias, absente patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset, et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret: debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis; und Mevius dähnet dieses auch auf den Empfang von Rechnungen besonders aus, indem er den Grundsatz: Recipiens rationes et retinens, earum causam veram fateri, seque ex eis debitorem

m) Menochius de Praesumt. L. 3. Praes. 65. Auct. ib. alleg. Caepolla Tract. Cautel. Caut. 9. Nro. 4. Struben Vind. Jur. venandi Nobilit. Germ. C. 1. §. 24, pag. 47.

torem agnoſcere cenſetur, vertheidiget, und deſſen Anwendung in einer vor dem Tribunale zu Wismar entſchiedenen Rechtsſache bezeuget n). Die allgemeine Rechtsbeſtändigkeit, und Anwendbarkeit gedachter Präſumtion, mögte wohl manchen wichtigen Zweifeln unterworfen bleiben. Geſetzt aber auch, man nimt den Satz unbedingt an: daß derjenige, der einmal eine Rechnung ohne Widerrede annimt, und darauf abſchlägliche Zahlung leiſtet, dadurch die Exiſtenz einer Schuldforderung an ſich ſelbſt, und im Allgemeinen in dem Maaße ſtillſchweigend anerkennt, daß er demnächſt mit einem bloßen Ableugnen der Schuld nicht weiter zu hören iſt; So folget doch hieraus noch keinesweges ein unbedingtes Anerkenntniß der Beſtändigkeit aller einzelnen Rechnungsanſätze, und eine ſtillſchweigende Entſagung der dagegen zuſtehenden Einwendungen. Bekanntlich werden beſondere Anerkenntniſſe, und Renunciationen, nie, ohne einen ſehr dringenden Grund präſumiret. Sie müſſen vielmehr bewieſen werden, und ſchwerlich dürfte ein darauf abzweckender Beweis aus dem bloßen Stillſchweigen herzuleiten ſeyn. Sehr oft werden Rechnungen zu ſolchen Zeiten eingereichet, wo es dem Empfänger durchaus an hinlänglicher Muſſe fehlet, um dieſelben genau durchzuſehen. Zurückgeben kann der Empfänger die Rechnung nicht wohl, und es bleibt ihm alſo nichts übrig, als ſolche an ſich zu behalten. Dabey liegt aber wohl unſtreitig immer die Abſicht zum Grunde, vor der Zahlungsleiſtung die Richtigkeit der einzelnen Anſätze, zu einer gelegenen Zeit, gehörig zu prüfen. Selbſt derjenige, der vielleicht bey dem Empfange einer Rechnung völlige Muſſe haben mögte, die Richtigkeit der ſpeciellen Rechnungspoſten zu unterſuchen, jedoch nicht ſofort Zahlung leiſten kann oder will, hat gewiß nie die Abſicht, durch die Annahme der Rechnung, dem Ausſteller derſelben Anſprüche zuzugeſtehen, die der Wahrheit und dem Rechte zuwider ſind. Nach der Analogie Legis 82. Dig. de Condit. et demonſtrat. tritt vielmehr, auch

n) Mevius P. 3. Deciſ. 65.

auch in diesem Falle, die rechtliche Präsumtion ein, daß der Empfänger die Rechnung blos in der Absicht behalten habe, um sich von der Richtigkeit derselben vor der Zahlungsleistung zu überzeugen o).

Eine auf die empfangene Rechnung geleistete abschlägliche Zahlung kann hierunter nichts ändern, vielmehr vermehret und bestärket die Zurückbehaltung eines Theils der Schuld die Präsumtion, daß der Schuldner die Absicht gehabt habe, durch das Zurückbehaltene sich wegen etwa noch findender Unrichtigkeiten in den Rechnungsansätzen zu sichern. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man dadurch Betrügereien begünstigen, den Verlust der gegründetesten Einreden von bloßen Uebereilungen abhängig machen, und einer schwankenden, nicht einst durch directe Gesetze begründeten Präsumtion mehr Gewicht beylegen, als der, durch die Natur und das Recht festgestellten allgemeinen Regel: daß niemand den ihm zustehenden Befugnissen freiwillig und ohne besondere Veranlassung entsaget p).

o) Menochius L. 3. Praesumt. 65. Nro. 15. Struben i. d. Nebenstunden Th. 3. S. 330. Derselbe i. d. Rechtlichen Bedenken; Th. 1. Bedenk. 72.

p) Daß eigentliche Rechnungsfehler — Errores calculi — noch immer in Rechnungen, wären diese auch mehrmals revidiret, gerüget werden können, sobald nicht dieserhalb ein Transact oder eine rechtskräftige richterliche Entscheidung entgegenstehet, ist, nach dem Inhalte L. unic. Cod. de Errore Calculi, ausser Zweifel.

XVII. Erörterung.

Wenn Jemand Geld zahlet, um eine gerichtliche Klage, womit er bedrohet wird, von sich abzuwenden, so lieget hierin keinesweges ein unbedingtes Zugeständniß des Klagegrundes seines Gegners.

Ein verehelichter, in einem öffentlichen Amte stehender Mann, ward von einer Weibesperson bedrohet, daß sie ihn zum Vater ihres unehelichen Kindes angeben wolle. Er ließ sich hierdurch bewegen, der Drohenden nicht allein 10 Rthlr. auszuzahlen, sondern derselben auch, bey einer in der Folge eingetretenen Wiederholung der Bedrohung, 50 Rthlr. anzubieten, wenn sie nicht klagbar werden, und ihm nicht an Ehre und Glück schaden wolle. Nach einiger Zeit nahm die Weibesperson dennoch den Ehemann, als den angeblichen Vater ihres unehelichen Kindes in gerichtlichen Anspruch, und verlangte von ihm, nicht allein die Alimentation des Letzteren, sondern auch ein Satisfactions-Quantum. Zur Begründung des gänzlich abgeleugneten Fundaments der Klage, bezog sich die Klägerin auf die von dem Beklagten, unter der vorerwähnten Aeußerung, theils wirklich geleistete, theils versprochene Geldzahlung, welche sie durch Zeugen erwies, und die auch der Beklagte, als eine, zur Abwendung einer öffentlichen, in seinen besondern bürgerlichen Verhältnissen, ihm höchst nachtheiligen Beschimpfung, gemachte Aufopferung, nicht

nicht in Abrede stellte. Es entstand daher die Frage: Ob und welche Wirkung, der, von dem Beklagten eingestandenen, Unterhandlung mit der Klägerin, in Absicht auf den Beweis des Klagegrundes, beyzulegen sey?

Mehrere Römische Gesetze q) bestimmen, daß derjenige, der sich überhaupt wegen Privatverbrechen, die nicht capital sind, und besonders wegen eines Ehebruchs r), vergleichet, nicht allein für bekannt und überwiesen, sondern auch noch überdies für ehrlos zu halten sey. Diese Gesetze, welche eigentlich nur von der Wirkung eines Vergleichs, in Hinsicht auf die Criminal-Sache, reden, und die offenbar den Fall voraussetzen, daß der Transigent, bey dem Vergleiche, das Verbrechen wirklich eingestanden habe, dürften jedoch, selbst nach Römischen Rechtsbegriffen, blos auf den, nach der Litiscontestation eingegangenen Vergleich einzuschränken seyn s). Ueberhaupt weichet aber, in Betracht der Wirkung des Transacts über Verbrechen, der heutige Gerichtsgebrauch von der Strenge des Römischen Rechtes ab, denn nach jenem erwächset, aus einem angebotenen oder errichteten Vergleiche, kein stillschweigendes Bekenntniß, sondern nur eine Anzeige oder Präsumtion gegen den Transigenten, welche, lediglich in sofern, eine wesentliche Berücksichtigung verdienet, als derselben andere Verdachtsgründe zur Seite treten t). In dem oben berührten

q) L. 4. § fin. L. 5 et 6. Dig. de his qui not. infam. L. 4. Dig. de Jure fisci.

r) L. 10. Cod. ad Leg. Jul. de Adulter.

s) Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 3. Tit. 2. §. 18 et Lib. 2. Tit. 15 §. 25. Das Gegentheil behauptet jedoch Struv. Synt. Jur. Civ. Exerc. 4. Th. 34.

t) Hellfeld Jurispr. for. Tit. de Transact. § 353. Not. f. Quistorp Grundsätze des Peinl. Rechts, Th. 1. §. 103. M. vergl. Canngiesser Decis. Supr. Trib. Cassel. Tom. 1. Dec. 3. Nro. 4. Mantzel de honorif. dimiss. delinq. §. 23.

rührten Falle hatte der Beklagte einen mit der Klägerin gepflogenen unerlaubten Umgang nie eingestanden, sondern vielmehr, bey der Auszahlung der 10 Rthlr. und dem Versprechen der 50 Rthlr., dagegen ausdrücklich protestiret. Die, aus den mit der Klägerin vorgewesenen Unterhandlungen, gegen den Beklagten entspringende Präsumtion war nicht von großer Bedeutung. Nicht selten bedrohen liederliche Weibspersonen, ohne die mindeste gegründete Veranlassung dazu zu haben, angesehene, ehrbare, bejahrte oder verheirathete Männer, diese als Väter ihrer unehelichen Kinder angeben zu wollen, blos in der Absicht, um auf solche Weise Geld zu erpressen; und nur zu oft gelinget diese Bosheit, weil es Fälle giebt, in welchen es Männern der vorerwähnten Art, selbst bey dem reinsten Bewußtseyn ihrer Unschuld, höchst nachtheilig werden kann, wenn sie, durch eine Alimentations- und Satisfactions-Klage, auch nur vorübergehend beschimpfet, und in die Lage gesetzet werden, sich von dem Klagewerke, etwa durch Eidesleistung, losmachen zu müssen. In der Eingangs gedachten Rechtssache, S. wider R. wegen Alimentation, befand sich der Beklagte in einem ähnlichen Verhältnisse, und da, ausser der eingestandenen Unterhandlung mit der Klägerin, schlechterdings kein anderer Thatumstand oder Verdachtsgrund gegen den Beklagten angeführet werden konnte; so erkannte das höchste Tribunal durch ein Abänderungs-Rescript vom 3ten October 1801: Wenn nun, in Betracht aller bey dieser Sache eintretenden Umstände, die eingezeugte und eingestandene Unterhandlung, worin der Beklagte sich eingelassen hat, um zu verhindern, daß die von der Klägerin ihm gemachte Beschuldigung nicht offenbar werde, nicht dazu dienen kann, um dasjenige, was die Klägerin zur Bedingung ihrer Klage darzuthun hatte, für halb erwiesen anzunehmen, vielmehr es bislang an einem rechtlichen Beweise des eigentlichen Klagegrundes gänzlich fehlet; — so habt Ihr die Klägerin mit ihrer Klage abzuweisen; es könnte und wollte dann dieselbe u. s. w.

XVIII. Erörterung.

Ueber die Beyträge zu den bey Kirchen- Pfarr- und Schulgebäuden erforderlichen Baukosten, nach hiesigen Landesgesetzen.

Streitigkeit unter den Eingepfarrten über die Art des Beytrags zum Bau und zur Unterhaltung der geistlichen Gebäude, oder über den Einwand einer gänzlichen, oder nur eingeschränkten Befreiung davon, gehören nach der ältern und neuern Observanz ad caulas mixti fori u). Die Grundsätze selbst, welche bey der Aufbringung der Bau- und Reparationskosten geistlicher Gebäude befolgt werden müssen, sind indeß in den hiesigen Landesprovinzen verschieden.

Im Fürstenthum Lüneburg, im Fürstenthum Grubenhagen und in der Grafschaft Hoya, wo die Lüneburgische Kirchenordnung Herzogs Friedrich vom Jahr 1643 gilt x), con-

u) Schlegels Kirchenrecht, Th. 1. S. 186. Ausser den daselbst angeführten Beyspielen, ist nach diesem Grundsatze vom höchsten Tribunale im Jahr 1800 in Sachen von Ilten w. die Gemeinde Gestorf und im Jahr 1802 in Sachen Linden c. Linden erkannt.

x) Schlegel a. a. O. S. 43 ff.

concurriren die Eingepfarrten in der Regel nur dann zu den Kosten, wenn die geistlichen Gebäude nicht aus den eigenen Mitteln der Kirche gebauet und gebessert werden können. Im Fürstenthum Calenberg und den damit verbundenen Graf- und Herrschaften hingegen, müssen in der Regel die Eingepfarrten die Pfarr-, Wittwen-, Schul-, Küster- und Organisten-Häuser, nebst den dazu gehörigen Wirthschaftsgebäuden, auf ihre Kosten bauen und bessern und es darf dazu kein baares Geld ex aerario ecclesiae genommen werden. Blos die Kirchen und Capellen sollen aus ihren eigenen Mitteln gebauet und reparirt werden, und es sind daher in Absicht derselben die Eingepfarrten nur in dem Falle zur Leistung eines Geldbeytrages verbunden, wenn es an hinlänglichen Kirchenmitteln fehlt y). In den Provinzen, wo die Lüneburgische Kirchenordnung gesetzliche Kraft hat, richtet man sich in Absicht der Concurrenz zu den Bau- und Reparationskosten nach den, unter den Eingepfarrten, bestehenden Verträgen, rechtskräftigen Entscheidungen, oder nach eines jeden Kirchspiels und Orts Observanz z), und die Eingepfarrten concurriren daher zu den Kosten bald nach der Qualität der Besitzungen, bald nach dem sogenannten Kirchensatze, bald zu gleichen Theilen. In dem Fürstenthum Calenberg müssen aber die Eingepfarrten nach dem Fuße der Contribution, beytragen und in Hinsicht der contribuablen Unterthanen a) soll überhin bey allen

y) Verordnung vom 15. Dec. 1733, in corp. const. Calenb. Tom. 1. p. 821. a Pufendorf Animadv. 43.

z) Pract. Erörterungen B. 1. Nro. 60.

a) Der Contributions-Fuß betrifft lediglich die contribuablen Eingepfarrten, und ist als Norm für die verschiedenen Klassen der pflichtigen Unterthanen, der Voll- und Halbspänner, der Köther und Brinksitzer, festgesetzt. Es folgt also daraus keine Befreiung von dieser Last für diejenigen Eingepfarrten, welche zu diesen

allen Gemeinden auf die, dem Contributionsbeytrags-Fuße etwa entgegenstehenden Gewohnheiten, Transactionen, res iudicatas und dergleichen, gar nicht weiter gesehen und geachtet werden b).

Beide

diesen Klassen nicht gehören, z. B. der Besitzer adlicher oder freier Güter. Den letztern ist nirgends eine Immunität von dergleichen Beyträgen in den Verordnungen beygelegt, und es würde auch, wenn sie darum, weil sie der Contribution nicht unterworfen sind, auf eine Befreiung Anspruch machen dürften, eine unbillige societätswidrige Bedrückung des contributionspflichtigen Standes folgen. Sie müssen daher ebenfalls in der Regel verhältnißmäßig beytragen, und der Beytrag derselben ist, bey fehlender Norm, entweder gütlich auszumitteln, oder von dem Richter nach Billigkeit zu bestimmen. M. s. pract. Erörter. B. 1. Nro. 59.

b) Verordn. vom 15. Dec. 1733 und das Erklärungsedict dieser Verordn. vom 15. Jul. 1745, in a Pufendorf Obſerv. Tom. 3. Obſ. 184. Daß diese Verordnungen blos im Fürstenthum Calenberg gelten, erhellet aus einem, an das Amt Hoya den 4. Dec. 1753 erlassenen Regiminalrescripte, worin es am Schlusse heißt: „Im übrigen ist euch hiermit unverhalten, daß die in anno 1733, wegen des Beytrages zu den geistl. Gebäuden nach dem Fuße der Contribution, ergangene Verordnung nur blos das Fürstenthum Calenberg angehet, weilen die übrige Landschaften diesen modum nicht annehmen, sondern es lieber dabey lassen wollen, was an jedem Orte deßfalls von alter Zeit her gewöhn- und gebräuchlich gewesen, daher solche Verordnung in der Grafschaft Hoya nicht zum Grunde gelegt werden kann." In Gemäßheit desselben ist vom höchsten Tribunale, am 11ten Jan. 1803, gesprochen, in Sachen der Brinksitzer zu Kleinenbostel wider die Meierleute und Köther daselbst, pto. Beytrags zum Schulhausbau.

Beide unten angeführte Verordnungen setzen indeß die Schuldigkeit der Eingepfarrten zur Erbauung und Unterhaltung der geistlichen Gebäude voraus, und sie bestimmen blos die Art und Weise, wie die schuldigen Beyträge von den Contribuenten aufgebracht werden sollen. Sie können also nicht zur Entscheidungsnorm dienen, wenn die eine Gemeinde wider die andere, oder eine Klasse der Eingepfarrten wider die andere, oder ein einzelner wider die Gemeinde, eine Immunität von allen oder einzelnen Beyträgen, mithin eine gänzliche oder theilweise Befreiung von der Concurrenz zur Erbauung oder Unterhaltung der Pfarr- Kirchen- und Schulgebäude behaupten, und solche erweisen c). Das Königl. Oberappellat.-Gericht hat hiernach am 16. April 1801 erkannt, in Sachen der Gemeinde Uschlag w. die Gemeinde Nienhagen, pto. Reparatur des Pfarrgebäudes. Uebrigens verstehet es sich von selbst, daß eine jede, durch Verträge oder rechtsgültiges Herkommen erlangte, oder rechtskräftig erstrittene, Befreyung von diesen Beyträgen, theils nach ihrer Natur, theils wegen ihrer Abweichung von der Regel, allemal einschränkend, nicht ausdehnend, zu erklären ist.

c) a Pufendorf Animadv. 43.

XIX. Erörterung.

In wie fern die Häuslinge zum Bau und zur Unterhaltung der geistlichen Gebäude beytragen müssen.

Die Beyträge zum Bau und zur Unterhaltung der geistlichen Gebäude sind nach ihrer Natur weder als ein onus mere reale, noch mere personale, sondern vielmehr als ein onus mixtum zu betrachten d). Die Verbindlichkeit dazu entspringt nicht blos aus dem Besitze liegender Gründe, sondern aus der Parochial-Societät, woraus sowohl angesessene als nicht-angesessene Eingepfarrte Vortheil ziehen; mithin sind auch die letztern verpflichtet, zu den damit verbundenen Cassen verhältnißmäßig, nach den Kräften ihres Vermögens, beyzutragen. Die Calenbergische Verordnung vom Jahr 1733 setzt zwar fest, daß die Beyträge nach dem Fuße der Contribution aufgebracht werden sollen, und es scheint daher, daß, da die Contribution und Contributionspflicht liegende Güter voraussetzt, nur diejenigen zu

 den

d) Böhmer jus paroch. Lib. 7. c. 3. §. 9. Runde Beytr. zur Erörter. rechtl. Gegenstände, B. 1. S. 210.

den abzuzahlenden Baukosten mit Recht angehalten werden können, welche liegende Gründe besitzen. Allein diese Verordnung hat blos zur Absicht, den Streitigkeiten über das Beytragsverhältniß, unter den verschiedenen Klassen der contribuablen Unterthanen, abzuhelfen. Sie enthält also blos für die, der Contribution unterworfenen, Eingepfarrten eine Norm; keinesweges aber zugleich eine Befreyung für solche, welche keine Contribution entrichten. Dergleichen Immunitätsbewilligung lag ganz ausser dem Zwecke und der Absicht jener Verordnung e).

Die Häuslinge sind freilich keine Mitglieder der Gemeinde, in Rücksicht auf Gemeinheitsvortheile und Cassen, vielmehr bloße Miethsleute, welche die Befugniß haben, nach geendigtem Miethcontracte an einen andern beliebigen Ort zu ziehen. Aber dessenungeachtet sind sie doch mit zu den Eingepfarrten zu zählen, weil die Häuslinge einer Parochie angehören müssen, und in der Regel nicht als vagabundi angesehen werden können. Meistens bleiben auch die Häuslings-Familien in den Dörfern und Kirchspielen wohnen, wo sie sich niedergelassen haben, und sie geben durch den eingegangenen Häuslings-Contract zu erkennen, daß sie an dem Orte ihr domicilium nehmen wollen. Sie sind daher, wenn sie ihren ordentlichen Wohnsitz innerhalb eines Kirchspiels aufgeschlagen haben, als wirkliche Eingepfarrte der Parochialkirche zu betrachten, und mithin auch zu den Lasten und Abgaben verbunden, welche aus der Parochialverbindung fließen. Nur in den Fällen, wo die Häuslinge entweder noch keinen beständigen Wohnsitz an einem Orte genommen, und also blos die Absicht haben, sich eine kurze Zeit in einem Kirchspiele aufzuhalten, oder wenn sie auf solchen freien und adlichen Höfen und Gründen wohnen, welchen eine Immuni-

e) M. vergl. die Declaration derselben vom 15. Febr. 1747. a Pufendorf Tom. 3. Obs. 184.

munität von dergleichen Pfarrlasten zukommt und anklebt, würden sie nicht schuldig seyn, zum Bau und zur Unterhaltung der Kirchen- Pfarr- und Schulgebäude einen Beytrag zu leisten. Bey der Bestimmung des Beytragsverhältnisses derselben, wo es noch unbestimmt und nicht etwa gütlich zu reguliren ist, dürfte übrigens auf das Vermögen der Häuslinge allezeit billige Rücksicht zu nehmen seyn f).

f) Pract. Erörterungen, B. 1. Nro. 60.

XX. Erörterung.

Der Wehrzoll kann nur von denen gefordert werden, welche die Hauptzollstätte zu passiren verbunden sind.

Der Zoll ist bekanntlich eine Abgabe, welche für Waaren oder andere Dinge, nach einer verhältnißmäßigen Taxe, zu dem Ende bezahlt wird, um eine gewisse Zollstätte passiren zu dürfen. Das bloße Fahren oder Transportiren macht daher die Waaren und Sachen, welche Geldwerth haben, nicht zollbar, sondern die Freiheit, eine Zollstätte damit zu passiren.

Auswärtigen Handelsleuten und Waaren kann zwar die ungehinderte Passage durch ein fremdes Land nicht wohl versagt werden; der Landesherr ist aber dagegen befugt, für die Gestattung derselben, sich die rechtmäßig hergebrachten Abgaben, insonderheit den Zoll, bezahlen zu lassen, und, um solchen wider Defrauden zu sichern, die Land- oder Heerstraße zu bestimmen, auf welcher die Durchfuhr derselben geschehen soll g). Zur Sicherstellung der, bey einer rechtmäßigerweise vorhandenen Zollstätte, zu erlegenden Abgaben, findet daher, in Absicht durchgehender Waaren und Güter, ein Straßenzwang Statt, ohne Unterschied, ob dieselben mit eigenem, ausländi-
schem

g) Häberlins Handbuch des t. Staatsrechts §. 336. Reuss de munitione viarum publicarum §. 51.

schem oder einländischem Frachtfuhrwerke die Zollstätte passiren oder passiren mußten; denn die ungehinderte Passage wird den Frachtfahrern nur auf den ordentlichen Land- und Heerstraßen verstattet h).

Die Landeseingesessenen sind gleichfalls verbunden, wenn sie zollbare Waaren und Producte zum Verkauf auf einer Straße fortschaffen, die mit einer berechtigten Zollstätte versehen ist, und keine besondere Befreiung von der Entrichtung des Zolles zu erweisen ist, die Zollabgabe zu erlegen. Aber die bloße Zollpflicht begründet wider sie noch kein Straßenzwangsrecht. Es giebt viele fahrbare Wege ausser den eigentlichen Heer- und Landstraßen, mittelst welcher die Communication der Städte und Dörfer im Lande unterhalten wird, die jedoch mit keiner berechtigten Zollstätte besetzt sind. In keinem Landesgesetze ist es den Unterthanen verboten, oder die natürliche Freiheit derselben eingeschränket worden, sich solcher öffentlichen Wege und Straßen, an welchen kein Zollhaus befindlich ist, zu bedienen, auf welchen sie am kürzesten und bequemsten von einem Orte zum andern und wieder zurück gelangen können. Nach dem wörtlichen Inhalte der angeführten Verordnungen findet vielmehr nur wider die Fracht- und Karren-, oder sonst Kauf- und Handelsleute, welche Waaren, Güter oder lebendige Haabe, von welchen sie den Zoll zu entrichten verbunden sind, aus andern Ländern in die hiesigen Provinzen ein- und durchführen, oder aufladen und daraus vertreiben, ein Straßenzwang Statt.

Pas-

h) Es ist daher in mehreren Landesgesetzen den Frachtfuhrleuten untersagt, die Heerstraßen zu verlassen und Nebenwege zu suchen. M. s. Verordnungen vom 24sten März 1674, 23. Jan. 1702, 17. Jul. 1713, 12. May 1727, 15. Febr. 1736 — in Corp. Const. Luneb. cap. 7. — und vom 17. May 1751. — in den Hannöv. Anz. v. J. 1751. St. 47.

passiren daher die Landeseingesessenen eine, mit keiner Zollstätte versehene, Straße mit ihren eigenen Waaren und Producten, welche sie zum Verkauf verfahren, oder die sie selbst gekauft haben, und nach Hause transportiren; so liegt ihnen auch die Verbindlichkeit nicht ob, solche zu verzollen. Indeß würde alsdann von dieser Regel eine Ausnahme allerdings eintreten, wenn auch wider sie dadurch ein Straßenzwang hergebracht seyn sollte, daß sie sich von jeher mit ihren, zum Verkauf bestimmten, Producten der mit einer Zollstätte versehenen Straße bedient haben, oder ihnen in alten Zeiten vorgeschrieben ist, solche zu passiren. Dahingegen sind diejenigen Unterthanen, wider welche kein solches Straßenzwangsrecht erweislich hergebracht ist, bey der natürlichen Freiheit, sich des mit keinem Zollhause versehenen Weges zu bedienen, und der daraus von selbst folgenden Zollfreiheit, billig ganz ungestöhrt ferner zu lassen.

Die Frachtfuhrleute und andere Personen, welche die ordentliche Hauptzollstätte zu passiren verbunden sind, suchen solche oftmals auf Nebenwegen zu vermeiden, und sie achten zuweilen keinen Umweg von einigen Meilen. Hin und wieder führen auch mehrere Straßen, neben der Hauptzollstraße, auf eine kürzere und bequemere Weise, an den gewünschten Ort. Damit nun theils kein Zollunterschleif vorgehet, theils die Bequemlichkeit der Zollpflichtigen nicht gestöhrt wird, welche sonst vieleicht einen schlechtern oder Umweg nehmen müßten, um den Hauptzoll zu passiren, ist der Zollherr befugt, auf dem Wege, welchen die Fuhrleute und Zollpflichtigen nunmehr passiren, einen sogenannten Neben- oder Wehrzoll anzulegen. In so fern dadurch die Zollabgabe weder verändert und vermehrt, noch andern ein Nachtheil damit zugefügt wird, läßt sich wider die Rechtmäßigkeit einer solchen Anlage kaum etwas einwenden i).

In

i) Jargow von Regalien S. 544. Sartorius (Praes. Samhaber) medit. politica circa vectigal. ad Commercia relationem

In Hinsicht derer, welche nach den Gesetzen oder Herkommen unter dem Straßenzwange stehen, und nach solchem den Hauptzoll zu passiren verbunden sind, enthält der Wehrzoll weder eine Verlegung oder Veränderung des rechtmäßig vorhandenen Hauptzolles, noch eine gedoppelte Zollabgabe. Denn an dem Wehrzolle wird ja blos die Abgabe erhoben, die auf der ordentlichen Zollstätte hätte erlegt werden müssen, wenn solche berührt wäre; mithin können sich die Zollpflichtigen, welche den Hauptzoll zu passiren verbunden sind, über dessen Anlage nicht beschwert achten k). Wenn aber der Wehrzoll auch von solchen Personen und Landeseingesessenen gefordert wird, welche mit ihren Producten und Sachen die Hauptzollstelle gar nicht passirt haben, und die auf ihrem gewöhnlichen Wege nicht anders, als durch Umwege, auf die Hauptzollstätte würden gelangen können; so ist dies kein Wehrzoll; vielmehr in Rücksicht ihrer ein wahrer neuer Zoll, und daher eine solche angemaßte Zollerhebung, nach den reichsgesetzlichen Verordnungen, unerlaubt und widerrechtlich l). In Erwägung dieser Grundsätze erkannte das höchste Tribunal, im April 1801, in Sachen der Freien in der Amtsvoigtey Ilten w. den Anwald des Amtes Burgdorf, in pto. turbatae possessionis: Nachdem die im Jahr 1748, wegen eines Wehrzolles zu Dollje getroffene Vorkehrung, da selbige lediglich die Aufrechthaltung der Intraden der Burgdorfer Hauptzollstätte bezielet haben

nem §. 10. Hofmann de vectigal. jure in genere, in specie vero de vectigalibus subsidiariis, vulgo von Wehrzöllen, §. 12 seq. Schmidts Abhandl. verschiedener pract. Rechtsmaterien. B. 2. nro. 16. §. 8.

k) Hiernach ist auch vom höchsten Tribunal am 19 Jun. 1785 gesprochen, in Sachen der Eingesessenen zu Nehmitz w. den Anwald des Amt Lüchow, pto. turbatae possessionis.

l) Häberlin a. a. O. §. 338. Hofmann l. c. §. 15.

haben kann, nur gegen diejenigen Fuhrleute wirkt, welche vor der Verlegung der vorigen Poststraße, dem Herkommen nach, verbunden gewesen, die Route über Burgdorf zu nehmen; die Acten aber allenthalben ergäben, daß die Appellanten und ihre Vorfahren, vorhin nie unter einem solchen Straßenzwange gestanden, und die in den Jahren 1766 — 1774 und 1778 von einigen Eingesessenen im Freien unverweigert geschehene Zollabgift zu Dollje die praescriptionem extinctivam immunitatis wider die Appellanten zu begründen nicht vermag; so wird mit Aufhebung der Sententiae a qua dem Appellaten aufgegeben, die Appellanten mit der Exaction des Wehrzolles zu Dollje, jedoch nur alsdann, wenn sie diese Stätte als Selbsthändler, keinesweges aber, wenn sie dieselbe als Frachtfuhrleute für Fremde passiren, in Zukunft zu verschonen.

XXI. Erörterung.

Von der Appellationssumme, welche bey den Appellationen von den Erkenntnissen der K. Kriegesgerichts-Commission zu Hannover, an das höchste Tribunal, erfordert wird.

Bekanntlich ist die zur Stattnehmigkeit der Appellationen an das K. O.A.Gericht erforderliche Summe nicht gleich, sondern verschieden, je nachdem von den Erkenntnissen der höheren Justizcollegien dieser oder jener Landesprovinz appelliret wird. Die vorhandenen Gesetze und Privilegien bestimmen nämlich die Appellationssumme bey den Berufungen von den Erkenntnissen der Obergerichte,

a) der Fürstenthümer Lüneburg, Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, wie auch der Grafschaften Hoya und Diepholz, auf 500 Rthlr. m);

b) der Herzogthümer Bremen und Verden auf 200 Rthlr. n); und

m) O.A.G.Ordnung Th. 2. Tit. 2. §. 1. Pufendorf Proc. Civ. P. 4. cap. 1. Sect. 1. §. 21.

n) Wismarsche Tribunals-Ordnung Th. 2. Tit. 4. §. 9. In dem, unterm 6. December 1715 an das O.A.Gericht erlassenen Landesherrlichen Rescripte, heißt es am Ende: Ratione summae appellab. wird die zu Wismar hergebrachte Summa zum Fundament genommen werden. Pufendorf Proc. Civ. P. 4. Cap. 1. Sect. 1. §. 23.

c) des Herzogthums Lauenburg auf 400 Rthlr. o).

Die K. Kriegsgerichts-Commission zu Hannover ist keiner der ebengedachten Provinzen besonders vorgesetzt. Es verwaltet dieselbe die Militair-Civil-Jurisdiction in sämmtlichen Chur-Braunschweigischen Landen ohne Unterschied, und da von ihren Erkenntnissen und Verfügungen gleichfalls an das Königl. O.A.Gericht appelliret wird p); so kömmt in dergleichen Appellationsfällen die Frage in Betracht: auf welche Appellationssumme zu sehen sey? Ein besonderes Landesgesetz ist hierüber nicht vorhanden. Das Militair-Justizreglement vom 1ten December 1736 verordnet, Cap. 2, §. 21, blos Folgendes:

> Wer durch eine bey Unserer Kriegsgerichts-Commission abgesprochene Urthel oder Definitiv-Bescheid graviret zu seyn vermeinet, demselben stehet frei, davon an Unser O.A.Gericht zu appelliren, da dann, wenn der Casus nach der O.A.G.Ordnung appellabilis ist, die Acta an dasselbe auf Erfordern eingesandt werden sollen q).

Die in diesen Worten liegende allgemeine Verweisung auf die O.A.G.Ordnung kann keinesweges so gedeutet werden, als wenn dadurch auch die, in gedachter Ordnung r) namentlich erwähnte

o) Landesherrliche Resolution für die Lauenburgischen Stände, vom 15. September 1748. a Pufendorf Tom. 3. Observat. 101, §. 2.

p) a Pufendorf Tom. 4. Observat. 128. Practische Erörterungen B. 2. Erörter. 18.

q) Sammlung Chur-Braunschweigscher Landes-Verordn. Zelleschen Theils, Cap. 3. Sect. 1. Nro. 2. Calenberg. Theils, Cap. 3. Sect. 1. Nro. 2. Seite 44.

r) O.A.G.Ordnung Th. 2, Tit. 2. §. 1.

wähnte Appellationssumme von 500 Rthlrn. schlechterdings bey den Berufungen von der Kriegsgerichts-Commission vorgeschrieben wäre. Der Grund, weshalb in der O.A.G.Ordnung nur die Summe von 500 Rthlr. benannt ist, liegt darin, daß zu der Zeit, da dieses Gesetz gegeben ward, die Landesprovinzen welche geringere Appellationssummen haben, noch keinen Theil der Chur-Braunschweigischen Lande ausmachten, und es darf daher die O.A.G.Ordnung, in sofern dieselbe von dem Betrage der Appellationssumme redet, nicht als ein auf sämmtliche Provinzen der hiesigen Lande anwendbares Gesetz betrachtet werden. Da die Gerichtsbarkeit der Kriegsgerichts-Commission sich auf das ganze Land erstrecket, so kann der zufällige Aufenthalt dieser Gerichtsstelle in der Stadt Hannover dieselbe so wenig zu einem Calenbergischen Gerichte machen, als das höchste Tribunal dadurch ein Lüneburgisches Gericht wird, daß dasselbe seinen Sitz in der Stadt Zelle hat. Dieses vorausgesetzet, so verstehet es sich von selbst, daß solche Gerichtshöfe, die nicht für eine einzelne Provinz, sondern für das ganze Land angeordnet sind, nicht die Landesordnungen, Gewohnheiten und Gebräuche des Orts, wo sie sich aufhalten, sondern derjenigen Provinz, aus welcher die Rechtshändel herrühren, bey der Entscheidung der letzteren zu befolgen haben, indem die Einwohner einer jeden Provinz ein gegründetes Recht haben, zu verlangen, nach den Gesetzen gerichtet zu werden, die bey ihnen gelten, und die sie daher allein verbinden. Auch die Kriegesgerichts-Commission ist also überhaupt an die Landesgesetze der einzelnen Provinzen gebunden, über welche sich ihre Gerichtsbarkeit erstrecket, und hieraus folget, daß bey den Appellationen von den Verfügungen und Erkenntnissen dieses Gerichtshofes, in jedem einzelnen Falle, auf die Appellationssumme derjenigen Landesprovinz gesehen werden muß, aus welcher die Rechtssache herrühret, oder, mit andern Worten, in welcher der Beklagte seinen Aufenthalt hat, oder der ordentliche Gerichtsstand auf andere Art begründet seyn würde.

Um

Um allen Mißdeutungen und Zweifeln vorzubeugen, fand das höchste Tribunal sich bewogen, bey Gelegenheit einer, in Sachen von Marschalck wider Meyerhof wegen Bürgschaft, abgegebenen Entscheidung, von amtswegen, am 18. November 1800, an die K. Kriegsgerichts-Commission folgendermaßen zu rescribiren:

„In Unserm Militair-Justizreglement Cap. 2, §. 21., ist ausdrücklich den durch Eure Entscheidungen beschwerten Partheien, die Appellation an Unser O.A.Gericht zu Zelle freigelassen worden, ohne eine bestimmte Appellationssumme festzusetzen. Es verstehet sich also von selbst, daß bey Processen, die aus Unsern Herzogthümern Bremen und Verden an Euch gebracht werden, die daselbst von Uns bestimmte Appellationssumme von 200 Rthlr. zur Richtschnur dienet, da überhaupt die in jenen Provinzen geltenden und von Uns emanirten Landesordnungen, bey Entscheidung der darin anhängigen Processe, von Euch befolget werden müssen. Ihr habt Euch solches also zu Eurer Direction in ähnlichen Fällen dienen zu lassen."

XXII.

XXII. Erörterung.

In wiefern der Recurs an das höchste Tribunal stattfindet, wenn das remedium restitutionis in integrum, oder die querela nullitatis, bey den Mittelgerichten bereits gebrauchet ist.

Nach den Gerichts- und Proceßordnungen der hiesigen Lande, hat es keinen Zweifel, daß bey den Mittel- und Untergerichten, auch nach dem Gebrauche des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Nichtigkeitsklage bey demselben Richter, in gewissen Fällen, annoch zugelassen werden muß s). Ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand widerrechtlich abgeschlagen, oder ein erst in dieser Instanz vorgebrachter, erheblich neuer Thatumstand übergangen; so hat nach gemeinen Rechten, wenn die nöthigen Erfordernisse nicht fehlen, die Appellation wider ein solches Erkenntniß unstreitig statt t). Die Ober-Appella-

s) Pract. Erörter. B. 3. Nro. 63.

t) Ein anderweit remedium restitutionis in integrum kann darum nicht zulässig seyn, weil die in dieser Instanz vorgebrachten, aber abgeschlagenen oder übergangenen, neuen Thatumstände sodann als nova nicht mehr betrachtet werden können. Danz Grundsätze des ordentlichen Processes §. 436. Eisenhart Proc. instant. restitut. in integrum, cap. 9. §. 10.

pellations-Gerichtsordnung u) weicht aber hierbey von den Vorschriften des gemeinen Rechts ab, und in Gemäßheit derselben kann nach dem Gebrauche des remedii restitut. in integrum, oder der Querelae nullitatis, die Gerichtsbarkeit des Tribunals durch eine bloße Berufung nicht begründet werden, wenn gleich alle andere Erfordernisse, z. B. Summa appellabilis, vorhanden sind x).

Nur Nullitäten machen in einem solchen Falle den Recurs an das Ober-Appellationsgericht zuläßig, und besonders in folgenden zwey Fällen:

Erstlich, wenn in der Restitutionsinstanz ein solcher neuer erheblicher Thatumstand ist beygebracht worden, der von dem Unterrichter, ohne Nullität, nicht übergangen oder verworfen werden durfte;

Zweitens, wenn in den vorherigen Erkenntnissen eine offenbare Nichtigkeit anzutreffen ist, z. B. es wäre Jemandem, wider das bestimmte Zugeständniß des Gegners, eine Befugniß abgesprochen; ein schon in den Acten liegender Beweis auferlegt, oder ein nicht vorhandener, als existirend angenommen worden u. s. f.

In dem ersten Falle werden nicht die in den vorigen Instanzen als rechtmäßig anerkannten Urtheile einer Nullität beschuldigt,

u) Part. 2. Tit. 1. §. 6. nro. 4. Sollte auch eine Partey wider eine in den Canzleyen und Hofgerichten gesprochene Definitiv-Urthel in solchem Gericht querelam nullitatis oder das beneficium restit. in integrum einwenden; so kann solche hernach eben wenig von der darauf folgenden Urthel appelliren.

x) Schon die bloße Einwendung und Wahl der Supplication, oder Leuterung, schließt die Appellation aus. Pract. Erörter. B. 3. Nro. 65.

digt, sondern blos das letzte, in der Restitutionsinstanz erfolgte, Erkenntniß wird deßhalb als nichtig angefochten, weil darin ein neuer erheblicher und rechtmäßiger Thatumstand, der ohne Nichtigkeit nicht aberkannt oder übergangen werden durfte, von dem Richter unattendirt geblieben ist. Wäre hingegen kein solches novum, woraus die Nullität des vorigen Erkenntnisses sich ergab, sondern nur ein solcher Thatumstand, der blos eine Ungerechtigkeit im eigentlichen Sinne enthält, in dem Erkenntnisse der Restitutionsinstanz übergangen; so kann dawider die Nichtigkeitsquerel beym höchsten Tribunale nicht begründet werden. Denn eines Theils sind Iniquitäten, wo nämlich blos gegen das Recht und die Verbindlichkeit einer oder der andern Partey angestoßen, das richterliche Verfahren oder Erkenntniß aber an sich selbst gültig ist, keine Nullitäten; andern Theils lassen sich bloße Unbilligkeiten von der Appellation nicht trennen, und sie bringen keine anderen Wirkungen hervor, als diese; und endlich würde es der Vorschrift der Ordnung y) entgegen seyn, wenn man wegen eines jeden novi, solam iniquitatem inferentis, den Recurs an das höchste Tribunal zulässig und stattnehmig halten wollte. Also nur dann, wenn in der Restitutionsinstanz ein solches erhebliches novum übergangen ist, woraus sich offenbar eine Nullität des vorigen Erkenntnisses darlegen und zeigen läßt, kann die Gerichtsbarkeit des höchsten Tribunals mit der Nichtigkeitsklage begründet werden.

In dem zweiten Falle stehet der Gebrauch der Rechtsmittel, worin die Nullität zwar gerügt, aber vom Richter nicht beachtet ist, der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde bey dem Oberappellationsgerichte eben so wenig entgegen, und das Erkenntniß, welches eine offenbare Nullität enthält, kann daher, selbst

y) Part. 2. Tit. 1. §. 6. nro. 4.

selbst nach dem remedio restitutionis in integrum et querelae nullitatis, vom höchsten Tribunale abgeändert werden z). Ganz bestimmt sind zwar über diesen Fall unsere Proceßvorschriften nicht. Aber die Natur der Sache, wonach eine offenbare Nichtigkeit niemals aufhören kann, eine Nullität zu seyn a), und die Analogie der Tribunalsordnung b), womit der Gerichtsgebrauch übereinstimmt, rechtfertigen die Zulässigkeit der Nullitätsklage. Es findet daher der Recurs, wenn selbst die Querela nullitatis, wirklich nichtigerweise, vom Unterrichter verworfen ist, an das höchste Tribunal ex capite nullitatis Statt, wie solches auch noch neuerlich vom Calenberg. Senate

z) Z. B. die Partei zeigte in der Supplications- Leuterungs- oder Restitutionsinstanz, daß ein error calculi vorhanden, oder contra jus in thesi, rem judicatam, ex falsis instrumentis u. s. w. gesprochen sey; der Richter aber attendirt die urgirte Nullität nicht, bestätigt vielmehr sein voriges Erkenntniß. Vergl. a Pufendorf Tom. 2. Obs. 126.

a) L. 19 D. de appellat. Eine jede nichtige Sentenz kann ex officio bey Seite gesetzt, und wegen einer augenscheinlichen Nullität in pejus reformirt werden. a Pufendorf Tom. 2. Obs. 119. §. 3.

b) Part. 2. Tit. 1. §. 11. Die Caussae nullitatum — So soll derjenige, welcher über eine bey besagten unsern höhern Gerichten vorgegangene Nullität, es rühre solche ex defectu personarum judicii, oder ex substantialibus processus, oder der Sache selbst her, und sey also eine nullitas sanabilis oder insanabilis, wider klare Rechte gravirt zu seyn vermeinet, solche querelam — bey unserm O.A.Gerichte einzubringen schuldig seyn u. s. w. M. s. a Pufendorf Tom. 1. Obs. 231.

nate des O.A.Gerichts, im Jun. 1801, in Sachen Wundel c. Kästner, angenommen ist. c)

c) Die Einwendung und Rechtfertigung der Nullitätsklage ist jedoch an die vorgeschriebenen Fatalien gebunden. O.A.G.Ordn. Th. 2. Tit. 1. §. 11. „So soll derjenige, welcher über eine bey unsern höhern Gerichten vorgegangene Nullität, sie sey sanabilis oder insanabilis, gravirt zu seyn vermeinet, solche binnen der nächsten Diät, wenn volle 4 Wochen dazu übrig sind, bey unserm O.A.Gerichte einzubringen schuldig seyn, oder, da er sich hieran versäumet, damit weiter nicht gehöret, auch das Vorwenden, daß die Nullitäten-Klagen, gemeinen Rechten nach, innerhalb 30 Jahren angestellt werden könnten, dawider nicht attendirt werden." Eine Ausnahme davon hat a Pufendorf Tom. 1. Obs. 231. bemerkt.

XXIII. Erörterung.

Ueber die Befugniß eines, durch Compaß oder Hülfsschreiben, requirirten Gerichts, wegen der demselben, in Betreff der Rechtmäßigkeit und Stattnehmigkeit der Requisition, aufstoßenden Bedenklichkeiten, die nachgesuchte Rechtshülfe, von amtswegen, entweder vorerst, oder ganz, zu verweigern.

§. 1.

Ein Richter kann, in den unstreitig vor ihn gehörenden Rechtssachen, keinen erforderlichen Actum jurisdictionis contentiosae ausserhalb seines Gerichtssprengels ausüben. Er muß zu dem Ende die Hülfe des auswärtigen Richters, in dessen Gerichtsdistricte die gerichtliche Handlung vorzunehmen ist, nachsuchen, und dieses geschiehet vermittelst der sogenannten Requisitions-, Hülfs- oder Compaß-Schreiben d). Der eigentliche

 Grund,

d) Zwierlein Diss. prima et secunda, de litter. requisit. Goettingae 1758. Erath Tract. de requisit. judic. Rodschied de litter. mutui compass. Argentor. 1776.

Grund, warum auswärtige, einer ganz fremden Landeshoheit unterworfene, Gerichte einer an sie erlassenen Requisition Statt geben, lieget in dem Erbieten des Requirenten zu einer gleichmäßigen Willfährigkeit in ähnlichen Fällen e), oder in der sehr nothwendigen und nutzbaren stillschweigenden Uebereinkunft der verschiedenen Landesregierungen, die Rechtspflege gegenseitig, so viel möglich, zu befördern f). Größtentheils hänget daher, bey auswärtigen Gerichten, die Willfahrung erlassener Requisitionen von der Convenienz ab. Ganz anders verhält es sich aber in diesem Stücke mit den verschiedenen Gerichtsstellen eines und desselben Landes. Da sämmtliche Gerichte in einem Lande unter der Oberaufsicht des Landesherrn stehen, und unter dieser zur bestmöglichsten Beförderung des Justizwesens gemeinschaftlich zu wirken verbunden sind; so kömmt es, bey der Willfahrung gegenseitiger Requisitionen solcher Gerichte, nicht sowohl auf die Hoffnung gleicher Willfährigkeit in ähnlichen Fällen, und auf Convenienz, sondern vielmehr auf eine wahre Pflicht an, deren Erfüllung weder von einem landesherrlichen, noch Patrimonial-Gerichte, ohne ein Vergehen gegen die allgemeine Landes-Justiz-Verfassung, verweigert werden kann. Sehr zutreffend bemerket der Vicepräsident v. Pufendorf g): Si eidem domino territoriali subiecti judices sunt, ad faciendum id, de quo rogati sunt, obstringuntur; und hiermit

a Pufendorf Tom. 3. Observat. 203. §. 1. Hartleben Erläuterung der Rechtsmaterie von Requisitionen. Wezlar 1792. §. 1.

e) Oelze Anleitung zur jurist. Praxis §. 90. Pufendorf Proc. Civ. P. 2. Cap. 2. §. 8.

f) Huber Praelect. ad Pand. L. 1. Tit. 3. §. 2.

g) a Pufendorf Tract. de Jurisdict. German. P. 1. Cap. 4. §. 27.

mit stimmet auch dasjenige überein, was in dem Churbraunschweig-Lüneburg. Militair-Justiz-Reglement, vom 1sten December 1736, Cap. 2, §. 15, wegen der Requisitionen in Civil-Sachen, mit folgenden Worten gesaget wird: „Wenn die „Chefs der Regimenter nöthig finden, daß bey Untersuchungen „Leute herzugezogen werden, welche unter andere Obrigkeit ge„hören, werden solche von derselben, mit Kundmachung der „Ursache und des Termini, requiriret und sistiret; und gleich„wie keiner Obrigkeit ein Gleiches von Seiten des Regiments „versaget werden soll, also sollen auch solche dem nachsuchen„den Regimente darunter ohnwegerlich fügen und assistiren“ h).

Als eine zweifelfreie Wahrheit kann es demnach angenommen werden, daß die Gerichte der hiesigen Lande vollkommen verpflichtet sind, den an sie gelangenden Requisitionen gegenseitig ein Genüge zu leisten, vorausgesetzet nämlich, daß die Requisition selbst dem Sachverhältnisse angemessen ist.

§. 2.

Ungleich schwieriger ist die Beantwortung der Frage: Ob und in wie weit ein requirirtes Gericht befugt ist, wegen der ihm in Betreff der Rechtmäßigkeit und Stattnehmigkeit der Requisition aufstoßenden Zweifel und Bedenklichkeiten, die nachgesuchte Rechtshülfe, von amtswegen, entweder vorerst, oder ganz zu verweigern? Da das Gericht, welches um die Ausführung einer Verfügnng oder eines Erkenntnisses requirirt wird, unter der Voraussetzung, daß die Gerichtsbarkeit des requirirenden Richters in caussa requis. begründet ist, gar nichts mit

h) Corp. Const. Luneb. Cap. 3. Sect. 1. Nro. 2. pag. 45. Conf. etiam pag. 60.

mit der Entscheidung zu thun hat, da dasselbe nur das Werkzeug der Vollstreckung eines competenten richterlichen Ausspruches seyn soll; und da ihm eine zureichende Kenntniß der entschiedenen Sache gänzlich mangelt, so leidet es keinen Zweifel, daß das Judicium requisitum sich über Merita causae, und darüber, ob das zu requirirende Erkenntniß der Beschaffenheit der Sache, und den Rechten der Parteyen angemessen ist, weder angerufen, noch, von amtswegen, die geringste Cognition anmaßen kann, sondern daß dasselbe vielmehr schlechthin verbunden ist, auch den, nach seiner etwanigen Ueberzeugung, härtesten und beschwerendsten Richterspruch zu vollstrecken, wenn derselbe durch die Beruhigung der Parteyen rechtskräftig geworden ist i). Unstreitig gehöret aber vor den requirirten Richter, es mag derselbe ein inländischer oder auswärtiger seyn, die Beurtheilung der Gegenstände und Einreden, welche auf die Art der Vollziehung des Richterspruches, und auf die Art und Weise der Execution, Beziehung haben k). Diese Bestimmung kann man jedoch nicht als die unbedingte und äusserste Gränze der einem requirirten Richter zustehenden Befugniß annehmen, über die Stattnehmigkeit einer an ihn ergangenen Requisition zu urtheilen. Auch in den Fällen, wo das zu exequirende Erkenntniß dadurch eine handgreiflich unheilbare Nichtigkeit mit sich führet, daß solches von einem offenbar incompetenten Richter abgegeben ist; oder, wo durch dasselbe und dessen Vollstreckung die

i) Arg. L. 8. Cod. de Execut. rei judic. L. 6. Cod. eod. Gail L. 1. Obferv. 113. Nro. 8. Klock Vol. 3. Conf. 182. Nro. 664. Mevius P. 1. Dec. 143 et 235. Zwierlein Diff. prima de litter. requifit. pag. 43.

k) L. 15. § 4 et 6. Dig de re judic. Carpzov Lib. 2. Resp. 1. Nro. 5 seq. Berlich P. 1. Concl. 79. Nro. 47. Brunnemann J. Eccl. L. 3. C. 11. §. 3. et Proc. Civ. C. 29. Nro. 12. Pufendorf Proc. Civ. P. 5. Cap. 1. §. 6.

die Amtsverhältnisse und Dienstpflichten des requirirten Gerichts verletzet werden, ist das letztere nicht allein befugt, sondern sogar verpflichtet, die Vollführung der Requisition abzulehnen. Die notorische, handgreifliche, unheilbare Nichtigkeit eines vorgeblichen Rechtsspruches schließet allen Begriff und alle Wirkung eines rechtlichen Erkenntnisses aus l), und eine solche Nichtigkeit tritt dann ein, wenn die Incompetenz des Judicis requirentis in causa requisita ersichtlich wird, indem der ganze Titel des Codex: Si a non compet. Judice judicat: esse dicatur, die deutlichsten Bestimmungen darüber enthält, daß die von einem incompetenten Richter gemachte Verfügung völlig unwirksam ist.

Da solchergestalt eine incompetente Entschädigung eigentlich als gar nicht existirend betrachtet werden muß, und da der anmaßliche Richter, der um die Vollstreckung derselben requiriret, auch in diesem Stücke ganz incompetent handelt; so würde das requirirte Gericht durch die Gewährung einer solchen, in allen Rücksichten ungegründeten, Requisition wider seine Pflichten anstoßen. Ein Ersuchsschreiben der Art kann und darf nicht beachtet werden m).

Wahrscheinlich lieget hierin auch der Grund, weshalb, sowohl nach dem allgemeinen Gerichtsgebrauche n), als nach den besonderen Vorschriften des Chur-Br.-Lüneb. Militair-Justiz-Reglements v. J. 1736, Cap. 2, §. 15, und Cap. 3, §. 28, in jedem Requisitions-Schreiben, nicht blos das Ersuchen selbst, son-

l) L. 4, §. 6. Dig. de re judic.

m) Zwierlein l. c. pag. 43. Ludolf Tom. 2. Observat. 120. Gail Lib. 1. Obs. 113. Nro. 2.

n) Hartleben Erläuter. der Rechtsmat. von Requisitionen, §. 3. Seite 16.

sondern auch die Ursache desselben deutlich enthalten seyn muß. Der requirirte Richter soll nämlich dadurch in den Stand gesetzet werden, über die Absichten und den Umfang der Jurisdictions-Befugnisse des Requirenten, so viel es bey jeder Requisition erforderlich ist, zu urtheilen.

Selbst in dem Falle, wenn die Incompetenz des requirirenden Richters nicht in dem Maße augenfällig ist, wie dieses so eben vorausgesetzet ward, jedoch die Ausrichtung des Zweckes des ergangenen Hülfsschreibens mit den Amtsverhältnissen und Dienstpflichten des requirirten Gerichts streitet, kann dieses die Vollstreckung der Requisition mit Recht verweigern o). Lieget in der Requisition ein Eingriff in die eigene Gerichtsbarkeit des requirirten Gerichts, so wird dieses, ohne Zweifel, jedesmal berechtiget und darauf bedacht seyn, die Anmaßung zurückzuweisen. Allein auch ausserdem hat jeder Richter die allgemeine Verpflichtung, über die Aufrechthaltung der Verfassung und Landesgesetze zu wachen, und keinen offenbaren Eingriff in dieselben zuzulassen. Manche Fälle lassen sich gedenken, in welchen es, bey erhaltenen Requisitionen, auf die Ausübung dieser Pflicht ankommen kann, deren Beobachtung, besonders den Churbraunschweig-Lüneburgischen Beamten, durch mehrere Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben ist.

In der General-Instruction, wie sich die Beamten in den Amts-Proceß-Sachen zu verhalten haben, vom $\frac{14}{25}$ September 1731, wird nämlich §. 1 sämmtlichen Beamten die Aufrechthaltung der Landesherrlichen Gerechtsame ernstlich zur Verbindlichkeit gemachet, und dann §. 2 verordnet: „Sollte dessen ungehindert, sich Jemand unterstehen, die Aemter in ihren Rechten zu

o) Ludolf Tom. 2 Observat. 120. Hartleben a. a. O. Seite 17.

„zu turbiren, oder Etwas, das ihm nicht zukommt, sich an„zumaßen; So müssen die Beamten jedesmal alle erlaubte „Mittel, die zu Erhaltung seiner eigenen, und zu Verhinde„rung der gegenseitigen Possession, oder sonstigen Remedirung, „dienlich sind, gleich in continenti dawider vorkehren, und „also nach Möglichkeit prudenter präcaviren, damit die Aem„ter nicht nöthig haben, Kläger zu seyn" p).

Eben dieses findet sich in der erneuerten Amtsordnung vom 15. Jun. 1674 nicht allein im Allgemeinen §. 6 vorgeschrieben, sondern es wird darin noch besonders, §. 8, unter der Ueberschrift: Amts-Gerichtsbarkeit, festgesetzet:

„Bey den Jurisdictionalibus sollen sie (die Beamte) mit „Fleiß Acht haben, daß Niemand, so dazu nicht berechtiget, „sich einiger Gerichtsbarkeit unternehme" q).

§. 3.

Der folgende Rechtsfall kann zur Erläuterung und Bestätigung der vorstehenden Grundsätze dienen. Wegen einer, innerhalb des Gerichtssprengels des von Crammschen Patrimonial-Gerichts Horst vorgefallenen, Schlägerei ward ein Gerichtssasse der landesherrlichen Amtsvoigtei Burgwedel als Mitschuldiger von dem Gerichte Horst in eine Bruchstrafe von 20 Rthlrn. genommen, und zu der Erstattung der, im Allgemeinen auf 22 Rthlr. 12 Gr. berechneten, Untersuchungskosten schuldig erkannt. Die Requisition des Gerichts Horst, die ebengedachten Gelder von dem, in der anbefohlnen Zahlung säumigen, Verurtheilten beyzutreiben, lehnte die Amtsvoigtei Burg-

p) Corp. Const. Luneburg. Cap. 5. Sect. 1. Nro. 3. pag. 8.
q) Ibidem l. c. Nro. 6. pag. 23.

Burgwedel aus dem Grunde ab: weil, was erstlich die Strafe betreffe, das blos mit der Niederen Gerichtsbarkeit versehene Gericht Horst, in bruchfälligen oder Policei-Vergehen, nicht befugt sey, eine höhere Strafe als auf 8 Rthlr. zu erkennen r), mithin gedachtes Gericht in der Sache ganz incompetent verfahren wäre; und weil zweitens, in Rücksicht auf die Untersuchungskosten, auch die Bestimmung über dieselben, nicht von dem Gerichte Horst abhangen könne, wenn die Hauptsache nicht vor dasselbe gehöre.

Um diese Weigerung der Amtsvoigtei Burgwedel zu beseitigen, und die erlassene Requisition zur Ausführung zu bringen, wandte der Patrimonial-Richter sich an das Hofgericht zu Zelle, und als derselbe auch daselbst keine günstigere Verfügung erhielt, an das höchste Tribunal. In beiden Instanzen ward auszuführen gesuchet, daß die Vollstreckung der erlassenen Requisition schlechterdings nicht, und unter keinerlei Vorwande, habe verweigert werden dürfen, und daß überhin die Weigerungsgründe der Amtsvoigtei B. ganz unerheblich wären.

Von dem höchsten Tribunale ward aber, in der am 31. März 1802 publicirten Sentenz, folgendermaßen erkannt:

Da,

r) Es gründet sich dieses auf die Vorschrift des Lüneburgischen Landtags-Abschiedes vom 20. Jul. 1695. §. 2. Corp. Constit. Luneburg. Cap. 9. Nro. 15. pag. 51, womit auch der Gandersheimsche Landtags-Abschied vom 10. October 1601. §. 2. Corp. Constit. Calenberg. Cap. 8 Nro. 1. pag. 17 übereinstimmet. a Pufendorf de Jurisdict. German. pag. 271. 496. 546 et in Observat. Tom. 1. Obs. 168 pag. 440. Tom. 2. Obs. 68. §. 5. pag. 261. Practische Erörterungen B. 2. Erörter. 31. Seite 254 u. f.

„Da, Inhalts der deutlichen Vorschrift des 2ten §. des Landtags-Abschiedes vom 20. Julius 1695, den, nur mit der Niederen Gerichtsbarkeit versehenen, Patrimonial-Gerichten Unseres Fürstenthums Lüneburg ernstlich untersaget wird, in Bruchsachen, auf welche keine bestimmte Strafe gesetzet ist, eine, die Summe von acht Rthlrn. übersteigende Geldbuße zu erkennen; demunerachtet aber das von Crammsche Gericht Horst sich nicht entsehen hat, verfassungswidrig, den Einnehmer Thiele Denecke, in eine Geldbuße von 20 Rthlr. zu nehmen; so ist die von Unserer Amtsvoigtei Burgwedel verweigerte Beytreibung der, offenbar incompetent und zur Schmälerung Unserer Landesherrlichen Rechte, zuerkannten Strafe, allerdings für recht und pflichtmäßig zu achten. Daneben wird das Gericht Horst, nach der Vorschrift des vorerwähnten Landtags-Abschiedes, der von dem Einnehmer Thiele Denecke zu erlegenden Geldstrafe für verlustig erkläret, und ist diese, welche Wir hiermit bis auf die Summe von Acht Rthlr. heruntersetzen, von Unserem Amte Burgdorf auf gehörige Weise einzufordern, und Unserer Rent-Cammer zu berechnen. Was übrigens die nur im Allgemeinen zu 22 Rthlr. 12 Gr. angegebenen Untersuchungs-Kosten betrifft; so sind solche vorgängig Unserm hiesigen Hofgerichte, an welches die Acten, nachdem dieses Erkenntniß die Rechtskraft erhalten haben wird, zurückgesendet werden sollen, gehörig zu specificiren, damit gedachtes Unser Collegium die Ansätze ermäßigen, und demnächst, dem Befinden nach, wegen der Beytreibung dieser Forderung, das Nöthige verfügen könne" u. s. w.

XXIV. Erörterung.

Ueber einige Fälle, in welchen, nach den Churbraunschweig-Lüneb. Landesgesetzen und der Verfassung, kein processualisches Verfahren von den höhern Justizbehörden in der Regel stattfindet.

I.

Die Administration und Oeconomie-Direction der Königl. Domänen, die Verpachtung derselben und was dahin einschlägt, gehört ausschließlich vor das Cammercollegium, welches nach den festgesetzten Principien und ergangenen Verordnungen darüber allein zu urtheilen und zu bestimmen hat[a]).

Da,

[a]) Göhrder Constitution vom 19. Oct. 1719, in corp. const. Cell. cap. 5. p. 1. Uebrigens bedarf es hier kaum der Bemerkung, daß das Cammercollegium, in allen Cammersachen, eine verordnungsmäßige Untersuchung und Entscheidung, wo solche erforderlich ist, eintreten läßt. Es vertritt in den, zu seinem Ressort gehörigen, Gegenständen die Stelle eines Justizhofes und es verfährt bey seinen Untersuchungen und Entscheidungen, zwar nicht nach der ordentlichen Proceßform, aber doch nach den ergangenen Verordnungen, Reglements und landesherrlichen

2.

Die Ansetzung der Beamten und aller übrigen Bedienten, die von der Cammer dependiren; ingleichen die Absetzung derselben, gehört ebenfalls blos vor das Cammercollegium. In den Bestallungsbriefen der Beamten ist eine wechselseitige Dienstkündigung festgesetzt. Die Absetzung derselben darf aber blos von einer ehrenvollen Entlassung, von einer Entlassung in Gnaden verstanden werden, und dagegen hat kein Rechtsgang Statt. Werden hingegen einem Cammerbeamten solche Vergehen zur Last gelegt, die eine Cassation, dimissionem ignominiosam, und, nach Beschaffenheit der Verschuldung, eine noch geschärftere Strafe zur Folge haben können; das Cammercollegium will und darf aber nicht bey einer bloßen Entlassung stehen bleiben; so muß die Untersuchung und Entscheidung von einem Justizhofe erfolgen, und der Beamte vollständig mit seiner Vertheidigung gehöret werden t).

3.

Alle Gegenstände, welche die Besetzung der Bauernhöfe betreffen, über welche der Königl. Cammer die Gutsherrschaft nicht

Vorschriften. Die bekannte Redensart „in camera non est iustitia" zeigt daher nicht an, daß in der Cammer willkührlich verfahren werden dürfe, sondern sie bedeutet nur so viel, daß, ausser den Cammersachen, keine Justitzsachen vor das Cammercollegium gehören. M. s. von Liebenstein Abhandl. von Cammer- und Justitzcollegien und deren Verhältniß sowohl gegen einander, als auch gegen den Staat. Tübingen 1790. Martin Lehrbuch des gemeinen Processes §. 54.

t) Constitution v. 19. Oct. 1719. Landesherrl. Rescript an die Justizcollegia d. d. Herrnhausen den 4. Jul. 1735.

zustehet, gehören lediglich zum Ressort des Cammercollegii, und nicht vor die Gerichte u). Da die Bestimmung der Erbfolge in dem Meiergute, die Abfindungen und Leibzucht aus demselben, die Abmeierung, Räumung x) des Hofes, und was dahin einschlägt, mit unter die Gegenstände gezählt werden müssen, welche zur Besetzung der Höfe gehören; so ist auch nur das Cammercollegium befugt, dieselben zu untersuchen und zu entscheiden, und es hat wider die Verfügungen desselben kein gerichtliches Verfahren Statt. Indeß findet diese Vorschrift in allen den Fällen keine Anwendung, wo nicht von der Besetzung der Höfe, und was davon dependirt, die Rede ist. Wenn es also z. B. darauf ankommt, das trennbare Allodium auf dem Domanialmeierhofe zu separiren, zu taxiren und unter die Gläubiger zu vertheilen, oder es ist davon die Frage: ob überhaupt der Königl. Cammer die Gutsherrschaft über einen Hof zustehet; ferner, ob ein Kauf- Tauschcontract u. s. w. über ein zum Domanialmeiergute gehöriges Pertinenz gültig; ob zur Veräusserung eines solchen Grundstücks der Consens des Amts allein hinlänglich, oder ob nicht vielmehr die specielle Einwilligung der Rentcammer dazu erforderlich sey? u. s. w. so gehören diese und ähnliche Gegenstände ohne Zweifel blos zur Untersuchung und Entscheidung der Gerichtshöfe *).

4.

u) Göhrder Constitution. Generalcammer-Ausschreiben vom 29. Jun. 1735 und 4. Apr. 1736. Da diese Verordnungen blos der Cammer- oder Domanialmeier erwähnen, so sind die Meierhöfe der Stifter und Klöster nicht mit darunter begriffen. Pract. Erörter. B. 2. Nro. 57. B. 3. Nro. 62.

x) Pract. Erörter. B. 1. Nro. 51.

*) Landesherrl. Rescript d. d. Hamptoncourt $\frac{8}{19}$ Oct. 1731 an das O.A.Gericht und das Cammer-Collegium ad acta Gräven wider Manderstiern. Erörterung Nro. 60 dieses Bandes.

4.

Klagen und Beschwerden, welche die Cammerbauern in Dienstsachen über die Aemter oder Forstbedienten zu führen haben, müssen bey dem Cammercollegio angebracht und daselbst untersucht und entschieden werden y). Indeß ist dabey der gesetzlich bestimmte Unterschied zu beobachten: ob die Rede von dem *modo* geständiger Dienste, oder von der Dienstpflicht selbst ist? Im ersten Falle, wenn die Beschwerden der Unterthanen blos die Art und Weise geständiger Dienste betreffen, gehört die Untersuchung und Entscheidung derselben lediglich vor das Cammercollegium. Im letzten Falle hingegen, wenn z. B. Jemand behauptet, zu ganz und gar keinen Diensten, oder doch nicht zur geforderten Gattung derselben verbunden, oder aber von der Naturaldienstleistung befreiet zu seyn; alsdann muß der Gegenstand des Streites vor den Justizgerichten erörtert und entschieden werden. Ueberhaupt dürfte wohl nur in solchen Fällen von dem modo Servitiorum die Rede seyn können, wenn der Dienst selbst nicht bestritten wird; ist aber letzteres der Fall, so ist nicht der modus, sondern die Dienstpflicht selbst im Streite, mithin der Gegenstand desselben eine Justiz- und keine Cammersache. Wenn z. E. die Dienstpflichtigen zu ungemessenen Handdiensten geständig verbunden sind, und sie wollen, bey einer etwanigen Abänderung der bisher verrichteten Handarbeiten, solche veränderte Dienstverrichtungen nicht leisten; oder sie sind zu Spanndiensten auf 8 Meilen weit geständig verbunden, und sie wollen an einen solchen Ort nicht fahren, der ihnen zwar bisher nicht angewiesen, aber doch nicht entfernter ist; oder es wäre davon die Frage: zu

y) Verordn. vom 17. Dec. 1663 und die Göhrder Constitution. In wiefern Forstsachen Justitzsachen sind, davon s. m. Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. N. 3.

zu welcher Stunde der Dienst anheben und endigen, mit wie viel Leuten und Pferden der Dienst abgeleistet, was und wie viel aufgeladen und verfahren werden soll u. s. w., so würde ohne Zweifel de modo Servitiorum die Rede seyn. Sollten hingegen die, nur zum Handdienst geständlich Verpflichteten, nun mit dem Spanne und umkehrt, statt des Spannes, mit der Hand, dienen; oder die Fuhren 10 und mehrere Meilen weit verrichtet, oder aber der, in Rücksicht eines gewissen Orts bestimmte Dienst, an einen ganz andern Ort verlegt werden; alsdann betrifft die Sache wohl schwerlich blos den modum, sondern eine wesentliche Abänderung der Dienstpflicht selbst, und es würde in solchen Fällen von ganz neuen oder erschwerten Diensten die Rede seyn. Wollte man die angeführte Göhrder Constitution auch auf die letztern Fälle mit ausdehnen z), so würde fast kein Gegenstand übrig bleiben, da eine Dienstbeschwerde an ein Justizcollegium gebracht werden könnte, und die Gerichtshöfe, wenn sie eine Beschwerde der letztern Art zurückwiesen, dürften sodann wohl weiter gehen, als der Sinn und die Absicht jener Constitution es gebieten*). Bey dem höchsten Tribunale sind diese Grundsätze verschiedentlich, unter andern im Jahr 1792, in Sachen der Eingesessenen der Amtsvoigtei Mandelsloh w. das Amt Neustadt, pto. Burgfestdienste; im Jahr 1794, in Sachen Hermannsburg w. Hermannsburg, in pto. Forsterweiterung; und im Jahr 1799, in Sachen Anwaldes des Amts Gifhorn w. die Eingesessenen zu Rottgersbüttel, pto. Dienste, in Erwägung gekommen**).

5.

z) Struben rechtl. Bedenk. Th. 2. B. 42. scheint eine solche Extension anzunehmen.

*) Vergl. Erörterung 60. dieses Bandes.

**) Ist übrigens die Frage zweifelhaft und streitig: ob die Sache vor die Cammer, oder die Justizhöfe gehört? so dürfen, zur Aufhe-

5.

Von den auf den Landgerichten dictirten Strafen hat keine Appellation an die höhern Justizgerichte Statt, ausgenommen:

erstlich, wenn einem Dritten, durch die dictirte Landgerichts-strafe, sein Recht genommen, oder derselbe dadurch aus dem Besitze seines Rechts und seiner Gerechtigkeit gesetzt werden würde, und man solches, auf geschehene Vorstellung, nicht abändern wollte;

zweitens, wenn zwar bey der Bestrafung an sich nichts zu erinnern ist, indeß ein Dritter die ihm zustehende Befugniß der Bestrafung und Untersuchung, oder die Erhebung der Straf-gelder, fordert und behauptet a).

6.

Kein Justizcollegium hat die Befugniß, ohne landesherr-liche Specialerlaubniß die Besoldungen der herrschaftlichen Be-dienten mit Arrest zu bestricken, oder die Execution darin zu verhängen b). Eben dieses hat in Absicht der Besoldungen und Pensionen der Militairpersonen Statt c).

7.

bung der Cammerverfügung, von den Gerichten sogleich keine — Mandate erkannt, sondern es muß vorgängig mit der K. Landes-regierung oder der K. Cammer communicirt werden. von Bü-low über die Verfassung des Oberappellat.-Ger. Th. 1. S. 336.

a) Göhrder Constitution.

b) Göhrder Constitution. Dieses ist auch mit auf die Pen-sionen aus der Renntcammer und die Besoldungen der Stadtbedienten erstreckt. M. s. Oesterley Grundriß des Churbraunschw. Processes §. 119.

c) Verordn. vom 23. August 1723. Militairjustiz-Re-glement, Cap. 2. §. 19. Nach der Verordnung vom 2. Febr. 1768

7.

Von den Erkenntnissen der Licent- und Accise-Gerichte kann nicht an die höhern Justizhöfe appellirt werden d), und wider die Entscheidungen und Verfügungen in Schlägerei- und Injuriensachen der Unterthanen auf dem Lande, sind die Appellationen ebenfalls für unzulässig erklärt e).

Von den Verfügungen der Königl. Regierung zu Stade; ingleichen von den Erkenntnissen des Hofmarschallamtes zu Hannover, und des Königl. General-Kriegsgerichts, sind die Appellationen an das höchste Tribunal unzulässig f).

8.

In Landesöconomie-Angelegenheiten ist die Competenz der höhern Justizhöfe ausgeschlossen g). Sie dürfen in solchen Sachen weder temporelle Inhibitionen erlassen, noch in der Hauptsache erkennen; und wenn bey ihnen dergleichen Beschwerden

1768 kann aber die Pension der Officiere, so lange sie keine wirkliche Kriegsdienste leisten, und in Ermangelung anderer Zahlungsmittel, auch mit Arrest und Abzug belegt werden; jedoch soll ihnen von der Pension so viel gelassen werden, als zu ihrem nothdürftigen Lebensunterhalt gehört.

d) Pract. Erörter. B. 3. Nr. 8.

e) Verordn. vom 3. May 1753. Pract. Erört. B. 3. Nro. 12.

f) Pract. Erörter. B. 1. Nro. 54 und 55. B. 2. Nro. 18. B. 3. Nro. 73.

g) Landesordnung vom 22. Nov. 1768. Pract. Erörter. B. 2. Nro. 16.

angebracht sind, müssen sie an die Königl. Landesregierung verwiesen werden. Ist ein Theil mit den Resolutionen und Entscheidungen des Cammercollegii, in einer Gemeinheitstheilungs- oder Ausweisungssache, nicht zufrieden, so müssen die Beschwerden oder Widersprüche bey der Landesregierung vorgetragen und um behufige Verfügung nachgesucht werden. Letztere ordnet sodann eine Commission zur Untersuchung derselben an, wobey, neben den Haushaltsverständigen, nach der Wichtigkeit des Objects, auch Mitglieder aus den Landständen und Justizcollegien zugezogen zu werden pflegen. Unter dem Vorwande, daß die Entscheidung über den Grund oder Ungrund der vom Gegentheile erhobenen Widersprüche eine Justizsache sey, darf aber kein in die Landesöconomie einschlagender Gegenstand an die Gerichte gebracht werden; weil gerade darüber die Decision der Landesregierung überlassen ist. In dieser Hinsicht hat auch das höchste Tribunal die an dasselbe gebrachte Beschwerde, in Sachen der Kleinköther zu Mandelsloh w. die Vollhöfner daselbst, am 17ten Jul. 1802 zurückgewiesen.

Zeigen sich indeß bey der, in dergleichen Geschäfften angeordneten, Commission solche Puncte und Rechtsfragen, welche nach dem Ermessen der Landesregierung eine gerichtliche Untersuchung und Entscheidung erfordern; so läßt sie die Sache an dasjenige Justizcollegium gelangen, wohin sie gehören h).

9.

Alle Gegenstände und Verfügungen, welche zur Oberlandes- oder zur Niedern- und Localpolicey gehören, lassen in der Regel weder eine gerichtliche Untersuchung und Entscheidung, noch

h) von Berg Handbuch des Policeyrechts B. 1. S. 185.

noch Appellationen zu i). Den Begriff von Policeysachen, worüber schon Mancher in eine logikalische Verzweiflung gerathen ist k), zu bestimmen, oder eine Demarkationslinie, zwischen Justiz- und Policeysachen, festzusetzen l), ist hier unser Zweck gar nicht. Entstehet, wie es bey der großen Unbestimmtheit des Umfanges der Policey nicht selten der Fall ist, darüber eine Verschiedenheit der Meinung, ob die Angelegenheit als Policeysache zu behandeln, oder, als eine Justizsache, vor dem ordentlichen Richter zu erörtern sey? so sind die höhern Justizhöfe, durch mehrere bekannte landesherrliche Rescripte, angewiesen, auf die bey ihnen angebrachten Beschwerden nicht sogleich mit gerichtlichen Verfügungen und Befehlen, damit nicht mandata contra mandata ergehen, einzutreten; vielmehr vorgängig mit der Landesregierung über die Sache zu communiciren. Kann durch eine solche zu eröffnende Collegialcorrespondenz und durch wechselseitige Mittheilung der Gründe und Gegengründe die Verschiedenheit der Meinung nicht gehoben werden, und glaubt kein Collegium von seiner Ansicht der Sache abgehen zu können; so ist die streitige Frage: ob der Gegenstand von der Justiz- oder Policeybehörde zu entscheiden sey? zur eigenen Bestimmung des Landesherrn zu bringen. Ausser der unstreitigen landesherrlichen Befugniß, die Gegen-

i) Zell. Hofger. = Ordn. Th. 2. Tit. 1. §. 3. Martin a. a. O. §. 53.

k) Leyser Spec. 684. m. 35. Hommel Rhapſ. quaeſt. Vol. IV. pag. 803.

l) Man vergl. darüber: von Berg a. a. O. S. 131 ff. Scheidemantel allgem. Staatsrecht, Th. 2. S. 65. Häberlin Repertor. des teutsch. Staats = und Lehnrechts, voc. Policey, und die von selbigen angeführten Schriften. Insonderheit aber Gönner Handbuch des Processes, B. 2. Nro. 26.

Gegenstände festzusetzen, welche vor das eine oder das andere Collegium gehören sollen, bringt es auch schon die Natur der Sache mit sich, daß keins derselben, wenn es zweifelhaft ist, ob die Sache vor diese oder jene Behörde gebracht werden muß? darüber selbst decidiren kann; weil sonst leicht gegen einander laufende Verfügungen, zum Nachtheil der Unterthanen und des obrigkeitlichen Ansehens, ergehen, und zu vielen andern üblen Folgen dadurch Veranlassung gegeben werden könnte m).

Ist der Gegenstand eine unbestrittene Policeysache, so stehet ohne allen Zweifel der K. Landesregierung allein die Befugniß zu, über die Befolgung des Policeygesetzes zu halten, mithin die Untersuchung und Bestrafung der Uebertretungen, welche wider die in allgemeinen Landespoliceyangelegenheiten ergangenen Verordnungen begangen werden, zu verfügen und ihre Verfügungen vollstrecken zu lassen. Die Verordnungen, welche die Münze, verbotene Einführung fremder Waaren, Viehseuchen, Kornzuschläge und ähnliche Gegenstände betreffen, enthalten davon vielfältige Beweise. Es ist daher der Landesverfassung nicht gemäs, daß nur bey geringfügigen, in die Augen fallenden und keinen Verzug leidenden Policeysachen, der Policeybehörde die Untersuchung und alsbaldige Vollstreckung ihrer Verfügungen überlassen; in wichtigen Policeyvergehen aber, wobey kein periculum in mora zu besorgen, eine förmliche gerichtliche Erörterung nothwendig sey. Besondere Umstände können die Landesregierung allerdings veranlassen, einen speciellen Fall zu einer förmlichen gerichtlichen Untersuchung und Bestrafung gelangen zu lassen; allein die Justizhöfe haben keine Be-

m) Strube rechtl. Bedenk. Th. 5. S. 273. de Neurath Obſerv. de poteſt. judiciaria in cauſſis quae politiae nomine veniunt, §. 25. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 189.

Befugniß, in unleugbaren Policeygegenständen sich der Sache anzunehmen, und nach Willkühr darin zu verfügen, weil es sonst offenbar in derselben Ermessen stehen würde, zu bestimmen, welche Policeysache wichtig oder geringfügig, eilig oder nicht eilig sey. Ein solches Principium, wodurch die Landesregierung, gegen die Justizhöfe, in ein landesgesetz- und verfassungswidriges Subordinationsverhältniß n) kommen würde, dürfte sich daher durchaus nicht vertheidigen lassen.

Eben so wenig findet von den Verfügungen der Niedern- oder Localpoliceybehörden in der Regel ein Recurs an die Gerichte Statt o). Wer sich dadurch beschweret glaubt, muß sich an die Landesregierung, als Oberlandespoliceycollegium, wenden und daselbst die Abhelfung derselben suchen; weil die Niedernpolicey-Behörden nicht den Gerichten, sondern der Oberlandespoliceystelle, in Dingen, die zu ihrem Geschäfftskreise gehören, subordinirt sind, unmittelbar unter der Oberaufsicht der letztern stehen, und mithin auch nur daselbst ihre, in Gemäßheit höherer Vorschriften gemachten, Verfügungen zu verantworten haben p).

Indeß hat es keinen Zweifel, daß eine ursprüngliche Policeysache sich in eine Justizsache umwandeln kann. Dieser Fall tritt unter andern ein:

erstlich, wenn nicht von einem zu gebenden Policeygesetze oder privilegio die Rede ist, sondern es auf die Anwendung eines bereits existirenden Policeygesetzes ankommt

n) von Bülow über die Verfassung des O.A.G. §. 141.

o) Erörter. der Frage: wird in Policeysachen auf einen vorzüglichen Gerichtsstand gesehen? von von Zangen. Gießen 1794.

p) von Berg a.a.O. S. 151.

kommt q). In Handwerks- und Innungssachen, welche sonst, wie jede andere Nahrungs- und Gewerbesache, anerkannt zu den Policeygegenständen gehören, streiten oft einzelne Handwerker, oder ganze Zünfte und Aemter, über den Umfang ihrer Zunftgerechtigkeiten, wider einander, und dieses ist eine Justizsache, wobey der Richter das Policeygesetz, als Entscheidungsquelle, anzuwenden hat*).

Zweitens, wenn bey einer unterobrigkeitlichen Policeyverfügung wohlerworbene Rechte eines Privatmannes, oder Befugnisse eines Dritten, gekränket werden, darüber Streit entstehet, und, um Läsionen abzuwenden oder zu ersetzen, geklagt wird; so löset sich die Policeysache ebenfalls in eine Justizsache auf

q) Dieser Grundsatz ist aber, wie sich von selbst verstehet, nicht so zu erklären, daß jede, nach einem Policeygesetze, zu beurtheilende Policeysache, sobald nur ein Gesetz deßhalb existirt, von dessen Anwendung die Frage ist, zur Cognition und Entscheidung der Gerichte gehöre; weil sonst die Justizcollegien jede Policeysache zur Justizsache qualificiren könnten. Er ist nur von dem Falle zu verstehen, wenn Streitigkeiten über die Rechte einzelner oder ganzer Communen gegen einander entstehen und die Parteyen sich vor dem ordentlichen Richter belangen. Ist dieses der Fall, so darf sich auch die Policeybehörde in einen, zwischen privatis bisher geführten, Rechtsstreit nicht mischen, oder dazwischen treten wollen; weil es sonst von ihr abhängen würde, eine offenbare Justizsache in eine Policeysache umzuwandeln. Nur die unverkennbare Erhaltung des gemeinen Wohls oder die Verhütung und Abwendung eines gemeinschädlichen Uebels dürfte einen solchen Schritt rechtfertigen. M. s. Strube rechtl. Bedenk. Th. 3. B. 3.

*) Practische Erörter. B. 1. Erörter. 17.

auf r). Wenn daher Aemter oder Magistråte, vermöge vorhandener Statuten oder Reglements, Jemanden z. E. einem gewissen Policeyzwange unterwerfen, oder zu gewissen Leistungen anstrengen wollen u. s. f., und derselbe behauptet, daß das Sta-

r) Mehrere landesherrliche Vorschriften, welche theils an die Landesregierung, theils an das Oberappellationsgericht, ergangen sind, stimmen mit den obigen Grundsätzen vollkommen überein. In einem Edicte des Churfürsten Georg Ludewig vom 28. Apr. 1707 ist, in Absicht der Grenzen der Policey- und Justizsachen, folgendes verordnet: „Wir nehmen jedoch von den Sachen, so vor das Geheimeraths-Collegium gehören, aus, und wollen, daß der Justiz-Collegiorum-Dijudicatur unterwürfig bleiben, diejenigen Sachen, welche zwar an sich als Policeysachen anzusehen, jedoch deswegen pro contentiosis zu halten, weil ein Theil durch langwierige Possession, oder sonst durch rechtskräftigen Titel, ein jus quaesitum für sich erlangt hat, und sich darauf gründet." In einem andern Rescripte des Churfürsten Georg Ludewig d. d. Hannover den 28. Sept. 1713 heißt es: „Und wie wir insonderheit auch gnädigst approbiren, daß in Handwerks- und Innungen-, auch andern dergleichen Sachen, wenn nemlich über Innungsarticul sich Streit zwischen einzelnen Personen, auch wohl ganzen Handwerkern und Communen erhebet, und da es nicht sowohl auf eine Verordnung in Policeywesen, als auf jura privatorum, nemlich einzelner Personen und Communen gegen einander prätendirtes Recht ankommt, Appellationen angenommen werden mögen." Ein anderes landesherrl. Rescript. d. d. London den $\frac{12}{23}$ Jul. 1715 verordnet folgendes: „Nun hat keinen Zweifel, daß, wenn die Quaestion von neuen Verordnungen in Policeysachen zu machen vorkommt, die Sache vor unsere Geheimeraths-Stu-

Statut oder Reglement auf ihn nicht anzuwenden, er mithin gar nicht verbunden sey, dasselbe zu befolgen; oder er beziehet sich, wider die Anforderung, nicht blos auf die natürliche Freiheit, sondern auf Verträge, Privilegien, oder rechtsverjährten Be-

be und nicht vor unsere Gerichte gehörig; Wann auch von Haltung über schon gemachte Policeyverordnungen die Frage ist, so kann die Sache wohl certo respectu vor die Geheimerathsstube und certo respectu vor die ordinaire Gerichte gehören; Wann aber Jemand praetendiret, ein jus qaesitum aus einer schon gemachten Concession oder privilegio zu haben und von Jemanden, zumal von einem andern privato oder privatis, dagegen beleidigt, oder verkürzt zu seyn, und wann es mithin auf jura privatorum und tertii lediglich, oder vornemlich ankommt, so kann den Partheyen mit Recht nicht verwehret werden, sich einander, mit Vorbeygehung der Geheimen Rathsstube, vor dem ordentlichen Richter zu belangen." Endlich ist noch in einem andern landesherrlichen Rescripte, d. d. Hamptoncourt den $\frac{5}{16}$ Sept. 1718, nachstehendes bestimmt: „Was die Frage von den Policeysachen, und wie weit solche vor die Gerichte gehören, betrift, davon ist Unsere, bey obverstandenem Memorial Unseres Oberappellat.-Gerichts sub Lit. B. angezogene, Verordnung vom 28. Sept. 1713, wie euch allen bekannt, vorhanden, dabey es sein Verbleiben haben und also bey Policeysachen, da es nicht so wohl auf eine Verordnung in Policeywesen, sondern auf jura privatorum, nemlich auf einzelner Personen oder Communen gegen einander praetendirendes Recht ankommt, die Gerichte darinne erkennen und Appellationen deßfalls angenommen werden müßten."

Besitz, mithin auf wohlerworbene Rechte; so kann allerdings wider die Aemter und Stadtobrigkeiten, die sodann als privati anzusehen sind, bey dem ordentlichen Richter Klage und Beschwerde erhoben werden, und hat hiernach auch das höchste Tribunal am 1. Jun. 1801, in Sachen Grätzel w. den Magistrat zu Göttingen, pto. Freiheit vom Mühlenzwange, geurtheilt.

Wenn indessen die Verfügung in Policeysachen unmittelbar vom Landesherrn selbst, oder dessen nachgesetztem Oberlandes-Policeycollegio, herkommt, es mag von einem zu gebenden oder gegebenen Policeygesetze, oder von einem bestimmten Falle die Rede seyn, wodurch nicht blos die natürliche Freiheit aller oder einzelner Unterthanen eingeschränkt wird, sondern durch welche Privatpersonen oder ganze Communen und Innungen sich an ihren Privilegien oder sonst wohlerworbenen Rechten gekränket glauben, z. E. der Landesherr hebt ein durch Vertrag oder rechtskräftige Entscheidung festgesetztes Innungs- und Gewerbereglement auf, oder schränket es ein u. s. w., so wird die Policeysache sich zwar oftmals in eine Justizsache auflösen; aber die Erörterung und Entscheidung derselben gehört doch selbst alsdann nicht vor die Landesjustizhöfe, wenn sich auch Jemand über eine, durch die landesherrliche Policeyverfügung veranlaßte, Läsion wohlerworbener Gerechtsame beklagen, oder Ersatz für die Aufopferung derselben fordern sollte. Den Landesgerichten ist nirgends die Befugniß beygelegt oder eingeräumt, über solche Beschwerden der Unterthanen, welche ihren Grund in der Art der Ausübung eines wesentlichen Landeshoheitsrechtes haben, und wo der Landesherr als Landesherr, und nicht als privatus, handelt, zu erkennen; oder über die Frage zu urtheilen: ob die, vermöge der landesherrlichen Policeygewalt, die unstreitig in der Landeshoheit mit begriffen ist, vom Landesherrn oder dessen nachgesetzten Regierung selbst getroffene Verfügung rechtmäßig

 oder

oder unrechtmäßig sey? s) Das höchste Tribunal schlug daher in Sachen des Hannöverschen Sattleramtes w. das Riemeramt daselbst, pto. transactionis, mittelst Bescheides vom 14. Nov. 1788, und in Sachen des Hannöverschen Hokenamtes w. das Krameramt daselbst, pto. transactionis, vermöge Decrets vom 20. Dec. 1800, die an dasselbe gebrachten Beschwerden ob qualitatem caussae ab.

10.

In eigentlichen Regierungssachen t), wovon die Policeysachen nur ein untergeordneter Zweig sind, stehet den Landesgerichten eben so wenig einige Cognition zu. Sie dürfen sich daher über Gegenstände, welche vermöge eines wesentlichen Landeshoheitsrechtes vom Landesherrn selbst, oder Namens desselben, von der Landesregierung ausgeübt und bestimmt werden, oder wo es überhaupt auf landeshoheitliche Verhältnisse ankommt, in Absicht der deßhalb von den Landesunterthanen erregten

s) Schnaubert a. a. O. §. 348. von Berg a.a.O. S. 152. 158. 165 und 187. Westphals teutsches Staatsrecht Nro. 31. Pract.-Erörter. B. 1. Erörter. 46.
Bülow über die Verfassung des O.A.Gerichts §. 137. 141. 248.

t) Schnaubert a.a.O. §. 238 ff. Häberlin Repertor. des teutsch. Staats- und Lehnrechts, voc. Regierungssachen. In wiefern Steuer- und Zollsachen, Regierungs- oder Justizsachen sind, davon s. m. Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 103 und Th. 4. B. 13. Und in wiefern Deichsachen und Rangstreitigkeiten vor die Gerichte gehören, ebendenselben Th. 3. B. 129, und Th. 5. B. 13. M. s. auch Martin a. a. O. §. 52.

regten Zweifel oder Widersprüche, gar keine Untersuchung und Entscheidung anmaßen. Die landesherrlichen Verfügungen in Regiminalsachen können sich allerdings auch in Justizsachen auflösen, wenn z. E. von der Anwendung bereits bestehender Gesetze, vom Mein und Dein, oder davon die Rede ist, daß dadurch wohlerworbene Rechte und Befugnisse eines Dritten gekränket werden, und Streit darüber entstehet. Allein die Klagen und Beschwerden der Unterthanen wider den Landesherrn, oder dessen nachgesetzte Landesregierung, welche ihren Grund in der Ausübung wesentlicher Landeshoheitsrechte haben, gehören, der Landesverfassung nach, in der Regel überall nicht vor die Landesjustizcollegien, sondern vor die Austräge und Reichsgerichte u). Wenn sich daher z. B. ein pflichtiger Unterthan oder eine Commune weigerten, die ihnen von der Regierung auferlegten Hoheitsdienste zu leisten, so kann keine Klage wider die Landesregierung bey den Landesgerichten angebracht und angenommen werden. Dahingegen hat es keinen Zweifel, daß der eine Befreiung von Territorialdiensten prätendirende Unterthan die behauptete Immunität gegen seine Amts- oder Dorfsmiteingesessenen, deren Concurrenz durch seine etwanige Freiheit vergrößert werden würde, im ordentlichen Rechtsgange geltend machen kann. *)

II.

Gegen die Entrichtung der Beyträge, zur Abbezahlung der Landesschulden des Fürstenthums Lüneburg, dürfen in possessorio keine

u) Pract. Erörter. B. 1. Nro. 46.

*) Von der geistlichen Gerichtsbarkeit und in wie fern gewisse gemischt-geistliche Sachen vor die weltlichen Gerichte gehören, davon sehe man Schlegels Churhannöversches

keine Processe erhoben und von den Justizcollegien angenommen werden. Wer sich über die von ihm geforderten Beytragsquoten, aus dem einen oder andern Grunde, beschwert erachtet, muß bey der Landesregierung Vorstellung thun, welche, nach geschehener Communication mit der Landschaft, den Grund der Beschwerde untersucht und decidirt. In petitorio hingegen stehet der ordentliche Rechtsweg offen x).

12.

Wider die Aufnahme des Eigenthümers, in Concursen oder Administrationen befangener Güter, in das ritterschaftliche Creditinstitut, dürfen sich weder die Gläubiger, noch die Curatoren, noch die Gerichte, bey welchen die Curatel geführt wird, irgend einen Widerspruch anmaßen, wenn das Creditinstitut die Gläubiger völlig befriedigen, oder das nemliche leisten will, was die Creditoren aus dem Vermögen des Schuldners durch die Prioritäturtheil zu erwarten haben. Die Creditcommission kann, unter gewissen Umständen, nach vorgängigem Erkenntnisse des Hofgerichts, wogegen kein remedium stattfindet, in die Verwaltung der Güter der Interessenten immittirt und es darf weder in die unter Administration stehende, noch andere der Credit-Casse verhypothecirte Güter und in alles übrige derselben zur Sicherheit gestellte Vermögen, so lange sie

sches Kirchenrecht Th. I. B. I. S. 119 ff. und Bülow über die Verfassung des O. A. Gerichts §. 224.

x) Verordnung, wegen Abtragung der durch die geleisteten Beyträge zu den Kosten der Beschützung des nördlichen Deutschlands veranlaßten Landesschulden des Fürstenth. Lüneburg, vom 2ten Jul. 1797.

sie nicht völlig befriedigt ist, ohne Einwilligung der Creditcommission, uoerall keine Execution erkannt werden. y)

13.

Wenn über die Verlegung alter Heerstraßen und darüber, daß der neue Straßenbau über des Einen oder Andern Eigenthum geführt werden muß, ein Streit entstehet, und entweder die Interessenten der Verlegung überhaupt widersprechen, oder die ihnen dargebotene Indemnisation nicht annehmen wollen; so findet in Absicht des ersten Punctes durchaus kein Proceß, noch irgend eine Discussion im Wege Rechtens Statt; vielmehr ist der Landesregierung darüber ein Oberlandespolicey-Erkenntniß vorbehalten. Der Indemnisationspunct aber soll entweder von dem Gerichte, in dessen Bezirke die abzutretende Ländereyen belegen ist, oder schiedesrichterlich entschieden, und es sodann bey der ersten Entscheidung, ohne daß dawider ein weiteres Rechtsmittel Statt hat, gelassen werden. z)

14.

y) Verordnung, das Creditinstitut der Ritterschaft des Fürstenthums Lüneburg betr. vom 16. Febr. 1790. §. 5. 6. 75 und 82. Abgedruckt in von Ende und Jacobi Sammlungen für Geschichte und Staatskunde aus den Br.-Lüneb. Churlanden, Th. 1. S. 121.

z) Interimsreglement für das Fürstenth. Calenberg, die Abkürzung der Heerstraßen betr. vom 18. May 1754. Verordnung vom 14. Jan. 1797, wonach zu verfahren, wenn bey dem Chausseebau in dem Fürstenth. Lüneburg Heerstraßen abzukürzen und wegen der dazu erforderlichen Grundstücke Vergütungen zu leisten sind.

14.

Gemeinheitstheilungssachen im Fürstenthum Lüneburg, sonderlich die Frage: ob und wie zu theilen ist? ferner, alle mit einer Gemeinheitsaufhebungssache connexen und als Folge der Theilung anzusehende, oder zu deren Ausführung gehörige Puncte; desgleichen Irrungen, Streitigkeiten und Beschwerden, welche in einer eben vollbrachten Gemeinheitstheilung ihren Grund haben und daraus entspringen, sind kein Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten; sie sind vielmehr vor die angeordneten Behörden des Gemeinheitstheilungs-Wesens zu bringen und daselbst zu erledigen. Alle vorkommenden streitigen Fragen und Puncte aber, welche die, vor der bevorstehenden oder im Werke begriffenen Theilung Statt gehabten Rechte und Gerechtigkeiten selbst, als: Eigenthum, Grundeigenthum, Nutzungs- oder Servitutsrechte, nach ihrer Wirklichkeit, Beschaffenheit, Ausdehnung, Grenzen u. s. w. betreffen, sind als Justizsachen, wenn darüber eine gütliche Auskunft von den Theilungsbehörden nicht zu vermitteln stehet, dem gewöhnlichen Rechtswege und den ordentlichen Gerichten vorbehalten, wohin sie von den Theilungsbehörden zu verweisen sind. a)

15.

Streitigkeiten, welche das Lotteriewesen unmittelbar betreffen, als: Irrungen, die zwischen den Einsetzern und den Directeurs, oder den von diesen bestellten Collecteurs, in so weit jene den Rechten und den jedesmaligen im ausgelassenen, vom Königl. Staatsministerio bestätigten, Plane bekanntgemachten

a) Gemeinheitstheilungs-Verordnung für das Fürstenthum Lüneburg, vom 25. Jun. 1802, Cap. 2. §. 7 bis 16.

machten Lotteriegesetzen gemäs, für die letztern zu haften schuldig sind, aus dem Lotteriegeschäffte erwachsen möchten, sollen dem ordentlichen Erkenntniß der Justizcollegien und aller processualischen Weitläuftigkeit gänzlich entzogen, und Königl. Staatsministerio und dessen Entscheidung vorbehalten, mithin nach dessen Ermäßigung und Gutfinden, allenfalls durch eine anzuordnende Commission oder in andere Wege, auf Kosten des schuldig befundenen Theils, untersucht und entschieden werden b).

b) Verordnung vom 1. Febr. 1754, wegen der Lotterien, in dem Hannöv.-Anz. Nro. 11. und in Wagners Samml. Th. 2. S. 34.

XXV. Erörterung.

Bey der Behauptung einer Immunität von Personalabgaben oder sonstigen Pflichten, ist der Beweis einer seit unvordenklichen Zeiten genossenen Freiheit zulässig.

Ob überhaupt die Steuerfreiheit durch Verjährung erworben werden könne? ist eine sehr streitige Rechtsfrage c). Verschiedene Schriftsteller d) behaupten, daß eine Befreiung von öffentlichen Abgaben durch keine Art der Verjährung erworben werden könne; andere e) lassen dabey wenigstens die unvordenkliche Verjährung zu. Diese letztere Meinung scheint die gegründetere zu seyn. Bey dem Besitze der Freiheit von Abgaben und Verpflichtungen, z. E. vom Schutz- und Dienstgelde oder andern Leistungen, seit unvordenklicher Zeit, ist eigentlich nicht von einer, durch

c) Günther und Otto Leipz. Magazin für Rechtsgelehrte, Jahr 1786, St. 5. Nro. 4. Ledderhose kleine Schriften B. 1. nro. XI.

d) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 136. Winkler praescriptio immunitatis a tributis quod aerarium publicum Sax. impugnata. Lips. 1779.

e) Pütter Rechtsfälle B. 2. Th. 4. S. 1076 ff. Leyser 670 m. 15. Cecceji in jure controv. Lib. 50. Tit. 5. qu. 2.

durch Verjährung erworbenen, Befreiung, von einer anerkannten Pflicht die Rede. Selbst bey unstreitigen öffentlichen Abgaben, wo Jemand gar nicht bezweifelt, die Regel gegen sich zu haben, sondern blos eine Immunität ex possessione libertatis immemoriali behauptet, ist dieser Beweis in dem Falle für erheblich und zulässig zu achten, wenn nicht erhellet, daß jemals, vom Anfange der Auflage oder Abgabe an, dergleichen onera publica von ihm eingefordert sind. Daraus erwächst die stärkste Vermuthung, daß Niemand ein Recht gehabt hat, solche Abgaben oder Prästationen zu fordern, weil er sich sonst, während so langer Zeit, doch wenigstens einmal seiner Befugniß bedient haben würde. Die Zellesche Justizcanzley ließ daher in der am 16. Apr. 1788 eröffneten Sentenz, in Sachen der Daunenbergischen Amtsfreien Knochenhauer und Cons. w. den Anwald der Lüneburg. Landschaft, pto. turbatae exemt. vom Viehschatze, den Beweis einer Befreiung durch unvordenkliche Verjährung zu, und das höchste Tribunal bestätigte dieses Erkenntniß mittelst Bescheides vom 21. Oct. 1788.

XXVI. Erörterung.

Ueber das beneficium taxationis et adjudicationis, zur Erläuterung der O.A.G.O. Th. 2, Tit. 15, §. 22.

Unsere Proceßordnungen enthalten ziemlich vollständige Vorschriften, wie die Vollstreckung der Erkenntnisse, über liquide Ansprüche, geschehen, und welche Ordnung bey der Anwendung der einzelnen zulässigen Zwangsmittel, ordo in modo exequendi, beobachtet werden soll f). Nach der O.A.G.Ordnung g) hat insonderheit ein jeder Gläubiger, wenn die unbeweglichen Güter des Schuldners angegriffen werden müssen, die Wahl, ob er sich mit der Einweisung zur Bezahlung, beneficium immissionis, begnügen, oder auf die Subhastation derselben dringen und antragen will. Im letztern Falle setzt die Ordnung h) unter andern fest:

„Fände sich auch nach beschehener Subhastation kein Kauf„mann, oder es würde sogar ein ungleiches und geringes auf „das

f) Ober = Appellat.Ger.Ordn. Th. 2. Tit. 15. Calenb. Canzley.=Ordn. Tit. 36. Calenb. Hofger. = Ordn. Tit. 72. Zell. Hofger.=Ordn. P. 3. Tit. 2. Oesterley Proceß §. 112 ff.

g) a. a. O. §. 19. 20.

h) a. a. O. §. 22.

„das Gut gesetzt und gebothen, daß der Schuldner dadurch „*notorie* zu hart benachtheiligt würde, so bleibet als„dann das dritte remedium aestimationis et adjudicationis „bevor dergestalt und also, daß das verholfene Gut durch die „Gerichte, dem rechten und gemeinen Werthe nach, wie die „Güter zu der Zeit des Orts seyn taxirt, und darum dem *cre„ditori*, oder gewinnenden Theile, erb und eigenthümlich zu„geschlagen werden, welcher auch schuldig seyn soll, „sie davor anzunehmen und zu behalten" i).

Da diese Disposition nicht bestimmt genug gefaßt ist, und mancherley Erklärungen zuläßt, so ist sie von säumigen Bezahlern oft gemißbraucht, und selbst in den Gerichtshöfen, über deren Auslegung, mancher Zweifel entstanden. Eine Erläuterung derselben dürfte daher nicht überflüssig seyn. Zuvörderst können

erstlich auf dieses remedium taxationis et adjudicationis in einem Concurse die Mitgläubiger niemals in so fern Anspruch machen, daß der ältere oder vorzüglichere Gläubiger schuldig sey, ein Grundstück, worauf zu geringe geboten wird, pro taxato anzunehmen, und den Ueberschuß herauszugeben. Die Absicht jener gesetzlichen Vorschrift gehet nur dahin, den Schuldner gegen die zu strenge Verfolgung seines Gläubigers zu sichern, und enthält mithin blos eine Rechtswohlthat für den erstern. Hat der Schuldner aber das gesammte Vermögen seinen Gläubigern überlassen müssen, und ist der Concursproceß eröffnet, so kommt es eigentlich nicht mehr auf das Interesse

i) Diese Stelle ist aus der Calenberg. Canzley- und Zell. Hofger.-Ordn.-a. a. O. entlehnt, aber doch dahin erweitert: daß der creditor schuldig seyn soll, das immobile, in den vorausgesetzten Fällen, nach dem taxato anzunehmen und zu behalten.

tereſſe des Gemeinſchuldners, ſondern vielmehr auf die Befrie- digung der Gläubiger allein an, wo keiner verbunden iſt, wi- der ſeinen Willen und zum Vortheil ſeiner Mitcreditoren, ein Grundſtück aus der Concursmaſſe erga taxatum anzunehmen, wenn ſolches nicht etwa beſondere Landesgeſetze gebieten. Nach ausgebrochenem Concurſe können ſich daher weder der Gemein- ſchuldner, noch die Mitgläubiger unter einander auf das beneficium taxationis berufen. Wird indeß bey der Subhaſtation im Concurſe auf ein Grundſtück zu geringe geboten, und will es keiner der Gläubiger gutwillig nach der Taxe annehmen, ſo muß daſſelbe ſo lange adminiſtrirt oder verpachtet werden, bis ſich dazu ein annehmlicher Käufer findet k). Es hat daher das vorgeſchriebene beneficium taxae nur bey einem Schuldner Statt, der im Stande ſeyn würde, ſeinen einzigen oder meh- rere Gläubiger, welche auf Bezahlung dringen, vollkommen und auf einmal zu befriedigen, wenn ſich ein annehmlicher Käu- fer gefunden hätte l).

Zwei-

k) a Pufendorf Tom. 4. Obſ. 65 et 263. Claproth ſum- mar. Proceß, §. 324. Wird aber ein ſo geringes und ungleiches geboten, daß ein folgender Creditor dadurch gar ſehr verkürzt werden würde, ſo ſtehet es demſelben frei, die Läſion darzulegen, eine Taxation zu verlangen und das immobile pro taxato anzu- nehmen, oder, ſtatt des Verkaufs und vor der Adjudication, auf die Immiſſion zur Abzahlung anzutragen.

l) Daß auch ein Gläubiger die Befugniß hat, auf das remedium aeſtimationis zu provociren, und das immobile erga taxatum anzunehmen, wenn ſich kein Käufer findet, oder erweislich zu geringe geboten iſt, und er ſich nicht etwa mit der Immiſſion begnügen, oder ſtunden will, leidet keinen Zweifel. Calenb. Canzleyordn. Tit. 36. §. 13. Zell. Hofger.-Ordn. P. 3. Tit. 2. §. 9.

Zweitens wird es zweifelhaft, da der Grad der Läsion unbestimmt geblieben ist, welches Gebot bey Subhastationen für so ungleich und geringe anzunehmen sey, daß der Schuldner dadurch notorie zu hart benachtheiligt wird, und in welchem Falle also, mit Beyseitsetzung des höchsten Gebotes, das remedium taxationis et adjudicationis eigentlich fundirt und zuläßig sey? die, in dem Gesetze gebrauchten, Ausdrücke von einem geringen und ungleichen Meistgebote, wodurch der Schuldner *notorie* zu hart benachtheiligt würde, dürften indeß wohl nur von einer Verletzung über die Hälfte zu erklären seyn; weil nach gesetzlichen Vorschriften blos dasjenige pretium pro iniquo et injusto gehalten wird, wobey eine laesio ultra dimidium eintritt m), und es hierbey überhaupt nicht allein auf die Erhaltung des Schuldners, sondern zugleich mit auf die Rechte des pluslicitantis ankommt. Der letztere kann auf die Erfüllung des Contracts dringen, wenn er für die Sache mehr als die Hälfte des wahren Werthes geboten hat. Zwar behaupten einige Rechtsgelehrte n), daß bey Subhastationen der Kaufcontract, vor der erfolgten gerichtlichen Adjudication, nicht perfect sey. Allein diese Meinung ist schon an sich o) und insonderheit nach der Vorschrift der Oberappellat. Ger.Ordnung p) ungegründet, welche dem Meistbietenden ein vollkommnes Recht ertheilt, auch vor dem obrigkeitlich-ausgefertigten Adjudicationsscheine, auf die Erfüllung des Kaufs zu dringen, wenn der Schuldner nicht sofort, also vor dem Zuschlage, einen andern Käufer, der mehr geben will, darstellen kann.

m) Höpfner im Commentar §. 870.

n) Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. B. 28. von Quistorp rechtl. Bemerkungen Nro. 10.

o) Overbeck Medit. Th. 7. Nro. 388.

p) a. a. O. §. 20.

kann. Es ist daher in mehrern, bey den höhern Gerichten zur Entscheidung gekommnen, Rechtsfällen angenommen, daß nur eine Verkürzung über die Hälfte für eine solche harte Benachtheiligung, von welcher die angeführte Stelle der Ordnung redet, gehalten werden könne, und mithin hierüber eine interpretatio usualis vorhanden q). Kann nun eine solche Verletzung vom Schuldner erwiesen werden, alsdann muß

drittens der Gläubiger, welcher die Subhastation gefordert hat, das immobile pro taxato annehmen, und den etwanigen Ueberschuß herausgeben. Ob übrigens die zur Versteigerung gebrachten Grundstücke in Häusern, Aeckern, Wiesen, Gärten, oder in ganzen Landgütern bestehen, darauf kommt nichts an. Indeß halten Einige bey Landgütern und Pertinenzen, welche nach einem gewissen Ertrage geschätzt werden können, schon in dem Falle den Schuldner für notorisch zu hart benachtheiligt, wenn ein Käufer, deductis oneribus, über sechs Procent an reinen Aufkünften davon genießen sollte r); Andere aber wollen auch bey Landgütern denn das beneficium taxae ausgeschlossen und denjenigen für einen annehmlichen Käufer geachtet wissen, welcher nicht unter die Hälfte, sondern über die Hälfte des wahren Werthes geboten hat, und diese Meinung ist auch wohl die richtigere. Bey bloßen voluptuariis und Lustgebäuden, die keinen reellen Nutzen und kein positives Einkommen geben, ist das beneficium taxationis, nach dem Sinne der Ordnung, gänzlich auszuschließen, und dem Gläu-

q) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 78. Strube rechtl. Bedenk. Th. 5. Nro. 69.

r) Der Ertrag der Ländereyen ist auf ein Capital zu fünf Procent zu reduciren, weil zur Zeit der Abfassung der Canzley- und Hofgerichts- auch nach der Tribunalsordnung, alle Capitalien gewöhnlich mit 5 vom 100 verzinset wurden.

Gläubiger billig frei zu lassen, auf die Versteigerung der Materialien und des Platzes zu provociren. Wie übrigens der wahre Werth ausgemittelt und bey der Taxation selbst verfahren werden soll, ist in der Ordnung festgesetzt. Bey der Schätzung solcher Immobilien, die keinen reinen und bestimmten, vielmehr blos temporellen und ungewissen Nutzen gewähren, ist auf den zur Zeit der Taxation gängigen Preis derselben zurückzusehen, und überhaupt dürfte auch eine zweite Schätzung, wenn sie aus erheblichen Gründen verlangt wird, den Parteyen nicht zu versagen seyn. Die Subhastation selbst soll

viertens nicht sofort, sondern erst nach Ablauf von vier Monaten, von Zeit der wirklichen Immission angerechnet, geschehen. Diese Vorschrift der Ordnungen ist indeß nicht ganz deutlich. Sie scheint nicht von ausgeklagten Hypotheken, sondern vielmehr nur von andern persönlichen Forderungen, wegen welcher man durch diese Art der Immission ein Realrecht erhält, verstanden werden zu können. Sollte der Gläubiger jedesmal in die zur Hypothek verschriebenen Güter immittirt und es demselben nur dann gestattet werden, auf die Subhastation zu dringen, wenn er sie vier Monate im Besitze gehabt, so würde das Wahlrecht desselben, auf Immission oder Subhastation anzutragen, nicht nur verloren gehen, sondern es würden auch dadurch doppelte Kosten veranlaßt werden. Erwägt man aber den Sinn und die Absicht dieser gesetzlichen Disposition genauer, so zeigt es sich, daß man durch die Festsetzung einer viermonatlichen Frist den Schuldnern billige Schonung und die gehörige Zeit hat gönnen wollen, um zur Befriedigung ihrer Gläubiger die nöthigen Anstalten zu treffen, und, wo möglich, auf diese Weise ihre Immobilien annoch zu retten. Die Frist von vier Monaten muß daher bey der Subhastation allerdings beobachtet und den Schuldnern nicht entzogen werden. Der Richter hat also, zur Befolgung der Ordnungen, wenn die Forderung ausgeklagt und liquide ist, dem Schuldner

zuerst einen Zahlungstermin, bey Vermeidung der Execution, zu bestimmen, und, wenn der Creditor darauf anträgt, sodann die Subhastation zu erkennen; die Versteigerungstermine aber so einzurichten, daß der letzte, worin der Zuschlag meistens geschiehet, erst nach Verlauf von vier Monaten, von Zeit der erkannten Subhastation, eintritt s). Wird dieses beobachtet, so kann sich der Schuldner nicht beschweren, weil er alsdann, nach dem Sinne der Ordnungen, Zeit genug gehabt hat, Mittel zur Befriedigung seines Gläubigers aufzusuchen.

Fünftens ist keine Zeitfrist festgesetzt, binnen welcher sich ein Schuldner auf das beneficium taxationis, bey Verlust desselben, berufen muß. Der Recurs kann freilich nicht eher zu dieser Rechtswohlthat genommen werden, als bis im letzten Termine das höchste licitum geschehen und der Zuschlag erfolgt ist. Aber die Sicherheit und Erhaltung des Credits erlaubt es doch schon an sich auf keine Weise, die Berufung auf dieses beneficium der Willkühr und dem Mißbrauche des Schuldners zu überlassen. Gehet man also von dem Grundsatze aus, daß der, auf das im letzten Subhastationstermine geschehene Meistgebot, erfolgte Zuschlag eine entscheidende richterliche Verfügung, wie wohl nicht zu bezweifeln ist, enthält; so kann dieselbe auch nur durch ein, binnen zehn Tagen a die notitiae, zu ergreifendes Rechtsmittel suspendirt und unwirksam gemacht; der unterlassene zeitige Gebrauch eines solchen remedii aber für nichts anderes, als eine stillschweigende Erklärung des Schuldners, sich dem Meistgebote und Zuschlage unterwerfen und mithin beides genehmigen zu wollen, gehalten werden. Vermöge dieses Grundsatzes darf man also annehmen,

s) Diese viermonatliche Frist scheint die Observanz herbeygeführt zu haben, vermöge welcher drei Licitationstermine, von 6 Wochen zu 6 Wochen, angesetzt zu werden pflegen.

men, daß der Gebrauch des beneficii taxationis, oder, welches einerley ist, die Erklärung des Schuldners, den Beweis des ungleichen und geringen Meistgebotes führen zu wollen, an die gewöhnliche Nothfrist von zehn Tagen gebunden; nach deren Ablauf aber der Recurs zu demselben in der Regel überall nicht weiter zuläßig sey t). Wenn daher z. B. ein Schuldner die Forderung gegen sich hat ausklagen, die Hypothek öffentlich feil bieten, im letzten Licitationstermine, nach Ablauf der viermonatlichen Frist, zuschlagen, wohl gar die Kaufgelder ohne Widerspruch erlegen lassen, und er will dann erst, wenn die Nothfrist von zehen Tagen bereits verstrichen ist, an den Oberrichter gehen und durch ein beygelegtes taxatum, mit Beziehung auf das beneficium aestimationis, die Wiederaufhebung des geschehenen Zuschlags und Verkaufs, ex capite laesionis enormis bewürken, so ist er mit dem Gesuche allerdings der Regel nach zurückzuweisen. Es dürfte

sechstens, da das remedium taxationis von säumigen Bezahlern gar leicht gemißbraucht werden kann, dem Gläubiger anzurathen seyn, sich einen Verzicht auf dasselbe zu stipuliren, und zu dem Ende in der Verschreibung seinem Schuldner dem in der Oberappellat.-Gerichts-Ordn. Th. 2. Tit. 15. §. 22 enthaltenen remedio aestimationis et adjudicationis — vermöge dessen ein Gläubiger unter gewissen Umständen gehalten seyn soll, wenn auf das verholfene Gut ein ungleiches und geringes gesetzt und geboten worden, nach vorgängiger Taxe, dasselbe

t) In einem, über das in der Ordnung gegründete remedium aestimationis, an das Königl. Staasministerium am 15. Nov. 1779 vom höchsten Tribunale erstatteten Gutachten ist allgemein angenommen, daß die Berufung auf das beneficium taxationis nur binnen zehn Tagen, nach der Subhastation, zuläßig sey. M. s. auch Oesterley Proceß, S. 426.

dasselbe anzunehmen und zu behalten — ausdrücklich entsagen zu lassen. Da dieses remedium taxae ein beneficium für den Schuldner ist, und ein jeder Herleiher die Bedingungen feststellen kann, unter welchen er sein Geld vorleihen will; so ist die Entsagung dieser Rechtswohlthat weder unbillig, noch verwerflich u). Endlich kann sich

siebentens der Schuldner auf das beneficium taxationis alsdann wohl nicht berufen, wenn er entweder so viel Mobiliarvermögen, oder solche Immobilien besitzt, wozu sich annehmliche Kaufliebhaber finden, und woraus mithin der Gläubiger, seiner Forderung wegen, befriedigt werden kann. Denn der Creditor hat die Wahl, die Zahlungsobjecte, in Gemäßheit der vorgeschriebenen Executionsordnung, in Vorschlag zu bringen x), und der Schuldner kann daher nicht befugt seyn, statt derselben, unter seinen übrigen Immobilien gerade die zur Subhastation zu offeriren, welche, nach Lage der Umstände, kein annehmliches Gebot erwarten können, um dadurch den Gläubiger zu deren Annahme, nach der Taxe, zu nöthigen. Eine solche Befugniß räumt die Ordnung dem Schuldner nicht ein, vielmehr setzt sie, bey der Zulässigkeit des beneficii taxationis, voraus, daß derselbe keine andere objecta solutionis et executionis hat, woraus der Gläubiger befriedigt werden kann. Ueberhaupt darf eine billige Schonung des Schuldners dem Gläubiger selbst nicht schädlich und nachtheilig werden.

u) Claproth im Processe §. 417. scheint das Gegentheil anzunehmen, und doch behauptet eben dieser Schriftsteller in seiner Rechtswissenschaft der Verträge §. 294, daß beide Theile der Verletzung über und unter die Hälfte gültig entsagen könnten.

x) L. 8. D. de distract. pignor. L. 15. §. 2. D. de re judic. Pufendorf proc. civ. Part. 5. cap. 1. §. 14 seq.

XXVII. Erörterung.

Eine durch Bitten und Ueberredungen erwirkte Erbeseinsetzung ist nicht für ungültig zu halten.

Die Freiheit des Willens ist allerdings ein wesentliches Erforderniß zu der Gültigkeit jeder testamentarischen Disposition, und die, durch Zwang, Furcht, Betrug, oder bösliche Ueberredung, erpreßten letzten Willensverordnungen sind daher von keinem Bestande, sondern werden aufgehoben y).

Es erstrecket sich jedoch dieses nur auf die, mit einem eigentlichen Dolo verknüpfte, Anwendung eines solchen moralischen oder physischen Zwanges, wodurch eine freie Willenserklärung des Testirenden gänzlich ausgeschlossen wird; welches dann der Fall ist, wenn bösliche, betrügerische und erdichtete Vorstellungen, wenn nachdrückliche, harte, besorgliche Drohungen z), die metum praesentem et justum, qui cadere solet in constantem virum aut constantem foeminam a), hervorbringen kön-

y) L. 1. Cod. de S. S. Eclef. L. 1. Cod. Si quis aliquem test. prohib. Nov. 134. Cap. 3.

z) L. 9. Cod. de his quae vi. L. 7 pr. et L. 10. Cod. quod metus causa.

a) L. 6. Dig. quod metus causa.

können, oder wenn wohl gar Gewaltthätigkeiten gegen den Testirenden gebrauchet sind b). Die Anwendung aller übrigen Mittel, wodurch die Disposition des Testirenden nicht erzwungen, sondern nur gewonnen, und eine freie Willenserklärung direct ausgeschlossen wird, schadet der Gültigkeit eines errichteten Testaments auf keine Weise. Mögen daher immerhin wiederholte Vorstellungen eines ernsten Verwandten, dessen Rath zu befolgen, der Testirende aus Ehrfurcht gewöhnet war c); oder die rührenden Thränen einer geliebten Bittenden; oder die frommen Ermahnungen eines geistlichen Gewissenraths, oder endlich die eindrucksvollen Zuredungen vertrauter Freunde, eine testamentarische Verfügung erwürket haben, die, ohne diese Motiven, vielleicht anders ausgefallen seyn würde; so stehet doch dieses der Rechtsgültigkeit der Disposition schlechterdings nicht im Wege d).

Besonders aber enthalten Bitten und Ueberredungen, welche ein Ehemann gegen seine Ehefrau anwendet, um diese zu einer für ihn günstigen Testamentserrichtung zu bewegen, so wenig etwas Unerlaubtes, und der Gültigkeit der Disposition Nachtheiliges,

b) Carpzov Jurispr. for. P. 3. Const. 5. Def. 8 et ib. Berlich P. 3. Concl. 7. Nro. 13. Kurrer Disp. de Testam. coact. Th. 6 seq.

c) Arg. L. 22. Dig. de ritu nupt.

d) Huc ergo non pertinet, nec testamenti validitate obest, laevis quaedam vexatio, vel metus reverentialis, item si testator citra vim et dolum, ad testandum invitatus sit precibus et exhortationibus, item blanditiis, donis, lachrymis. Gail Lib. 2. Observ. 117. Nro. 4. Kurrer l. c. Th. 11. 13. 19. 20. Carpzov l. c. Defin. 7. Claproth von Testamenten und Codicillen, §. 9. a.

liges, daß diese Mittel vielmehr durch die Gesetze ausdrücklich für zuläßig erkläret werden e).

Es kamen diese Rechtsgrundsätze neuerlich in dem folgenden Falle zur Anwendung. Ein Ehemann war von seiner Ehefrau wegen eines angeschuldigten Ehebruchs belanget, und die Entscheidung der Sache hieng nur noch von der Abstattung eines der Ehefrau auferlegten Erfüllungseides ab. Hierzu kam es aber nicht. Die Eheleute verglichen sich aussergerichtlich, und bestätigten ihre Vereinbarung noch mehr dadurch, daß sie ein gegenseitiges Testament errichteten, in welchem die Frau den Ehemann zum Erben einsetzte. Nach dem Tode der Ehefrau, bestritten die Intestat-Erben derselben, die Gültigkeit des Testaments, aus mehreren Gründen, und besonders auch um deswillen, weil, wie sie behaupteten, der Ehemann, in der Verlegenheit, worin er sich wegen des erkannten Erfüllungseides befunden, alle seine Freunde aufgefordert habe, um die verstorbene Ehefrau, durch Zuredungen und Versprechungen, zu der Eingehung des Vergleichs, und zu der Errichtung des Testaments, zu bewegen, welcher Zweck denn auch auf diese Weise erreichet sey. Bey der, am 17. September 1803 erfolgten Entscheidung, in Sachen Zum Felde wider Kolster wegen Erbschaft, ward jedoch dieser, gegen die Gültigkeit des Testaments gebrauchte Einwand, von dem höchsten Tribunale für völlig unerheblich gehalten.

e) Virum, qui non per vim, nec dolum, quo minus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat; in crimen non incidisse respondi: nec ei, quod testamento fuerat datum auferendum; sagt Papinian L. 3. Dig. si quis aliquem testari prohib. und L. 3. Cod. ej. Tit. heißt es: Judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum.

XXVIII. Erörterung.

Ein streitiger Erbschaftsfall.

Der Regimentsquartiermeister Franz Christoph Busch und dessen Ehegattin, geb. Ortmann, errichteten im Jahr 1764 ein wechselseitiges Testament, worin sie ihre beiderseitigen Voll- und Halbgeschwister zu Erben in denjenigen Vermögen einsetzten, was nach des Letztlebenden Tode noch übrig seyn würde. Die vorzüglichsten Stellen des Testaments, worauf es ankam, sind folgende:

§. 4. Ist unser beiderseitiger letzter Wille, daß dasjenige, was nach unserm beiderseitigen Tode aus unserm Vermögen übrig seyn möchte, ohne Unterschied, nachfolgenden Personen auf die nachfolgende Art zufallen soll. Der ganze Nachlaß nemlich wird in fünf Theile getheilt, und erhalten davon:

1) Mein Vollbruder, Johann Daniel Busch, ein Fünftel;

2) Meine Vollschwester, Margarethe Elisabet, verehl. Stubmann, ein Fünftel;

3) Mein Vollbruder, Georg Friedrich Busch, ein Fünftel;

4) Meine, der Ehefrau, Schwester, Anna Margarethe Ortmann, ein Fünftel; und

5) a) mein Halbbruder, Johann Henning Busch,
   b) meine Halbschwester, Anna Marie Müller, geb. Busch,

c)

c) meine Halbbruders-Tochter, Dorothea Elisabeth Ortmann, diese zusammen genommen, ein Fünftel;

maßen wir dieselben, auf die beschriebene Art zu Erben unseres beiderseitigen Nachlasses ernennen, einsetzen und declariren.

§. 6. Sollte endlich einer von unsern benannten Erben ehender, als der Letztlebende von uns, mit Tode abgehen, so fällt dessen Portion, wenn Kinder von ihm vorhanden sind, auf dieselben, als welche wir ihren Eltern solchergestalt substituiren, sonsten aber den übrigen sämmtlichen Erben, nach der Proportion anheim, als sie hier zu Erben eingesetzt worden.

Der Ehemann starb zuerst. Bey dem Ableben der Ehegattin war aber von den eingesetzten Erben Niemand mehr am Leben, als zwey Töchter von der sub Nr. 2. eingesetzten Vollschwester, verehlicht gewesenen Stubmann, und ein Sohn von der sub Nr. 5. lit. b instituirten Halbschwester, Anne Marie Müller. Zwischen diesen entstand, über die Vertheilung der Erbschaft, ein Rechtsstreit, in welchem der letztere als Kläger, die erstern aber als Beklagte auftraten.

Der Kläger glaubte, nach den Gesetzen und dem Inhalte des Testaments, eben so viel von dem Nachlasse fordern zu können, als die Beklagten, und verlangte mithin die Hälfte der ganzen Erbschaft; denn seine Mutter sey so gut, als der Beklagten Mutter, zu einem Fünftheil zur Erbin eingesetzt und zwar mit den sub Nr. 5. lit. a und c. benannten Personen conjunctim. Die Erblasser hätten ihren Nachlaß überhaupt in fünf Theile vertheilt und keine Subdivision gemacht. Seine verstorbene Mutter wäre mit den zwey andern Erben conjunctim, mit den übrigen aber disjunctim in einem Fünftheile zur Erbin ernannt; der Beklagten Mutter hingegen mit allen übrigen Erben blos disjunctim eingesetzt. Heredes re vel mixtim conjuncti wären aber nicht in einem Theile, sondern zu dem Ganzen, wozu sie mit an-

andern conjunctim berufen, eingesetzt f), mithin als eine Person zu betrachten. Da nun seine Mutter nebst den beiden andern Halbgeschwistern nicht disjunctim zu $\frac{1}{15}$, sondern conjunctim zu $\frac{1}{5}$ zur Erbin ernannt sey; so accrescire auch, den Gesetzen zu Folge g), jedem Theile, nach der Proportion der Erbeinsetzung zu $\frac{1}{5}$, das nemliche, und aus diesen Gründen müsse er die eine, Beklagte die andere Hälfte des Nachlasses erhalten.

Die Beklagten hingegen behaupteten, daß die erstern vier Erben zusammen $\frac{4}{5}$, von dem fünften $\frac{1}{5}$ aber die darin eingesetzten Erben jeder nur $\frac{1}{3}$ dieses Erbtheils, nach dem Testamente, hätten erben sollen. Die Kinder wären ihren Eltern ausdrücklich substituirt, und wenn deren keine bey dem Ableben der beiden Erblasser vorhanden, sollte den übrigen die Erbschaft nach der Proportion anheim fallen, als sie im Testamente zu Erben eingesetzt worden. Es stehe daher nicht zu behaupten, daß der Kläger in das ganze Fünftel, worin dessen Mutter nebst noch zwei andern zusammen eingesetzt worden, gegenwärtig eintreten könne. Man müsse lediglich der testamentarischen Disposition, bey der Vertheilung, nachgehen, und da solche bestimmt genug abgefaßt sey, so komme es auf die Vorschriften des gemeinen Rechts, von re oder mixtim verbundenen Erben gar nicht an. Der ganze Nachlaß sey daher in fünf Theile zu zerlegen. Ein Fünftheil falle ihnen, als substituirten Erben, ihrer Mutter, zu. Der Kläger hingegen könne nur, als Substitut seiner Mutter, von dem derselben, nebst den beiden andern mit ihr ernannten Erben, bestimmten Fünftheil $\frac{1}{3}$ erhalten. Und da die etwa vakant werdenden Erbtheile, nach der Vorschrift des Testaments, in eben der Proportion den übrigen zuwachsen

f) L. 80 und 89. pr. D. de legat. 3.

g) L. 63. D. de hered. inst. L. un. §. 10. C. de caduc. toll.

wachsen sollten, als sie zu Erben eingesetzt worden; so könne auch der Kläger davon nur $\frac{1}{3}$ eines Fünftheils erhalten, der ganze übrige Erbschaftsrest hingegen müßte ihnen allein zufallen. Die Königl. Justizcanzley zu Stade erkannte hierauf am 4ten Mai 1799 dahin: „Daß der ganze im Streit befangene Nachlaß in 4 gleiche Theile zu theilen, und hiervon dem Kläger $\frac{1}{4}$, den Beklagten aber $\frac{3}{4}$ als die ihnen gebührenden Erbportionen, auszukehren seyen. Beide Theile appellirten zwar von diesem Rechtsspruche an das höchste Tribunal, allein mittelst Bescheides vom 14. Jan. 1800 ward derselbe lediglich bestätigt.

Bey der Bestimmung des Verhältnisses, wonach die Erbschaft zu vertheilen war, kam es im Allgemeinen auf die Beurtheilung der Frage an: ob und in wiefern die drei Halbgeschwister, welche §. 4. Nro. 5 des Testaments zu Erben eingesetzt waren, dergestalt mit einander verbunden sind, daß das Zuwachsrecht unter ihnen, in Absicht des vermachten $\frac{1}{5}$ des ganzen Nachlasses, stattfinden konnte?

Der Kläger nahm an, daß die beiden vakanten Erbtheile der, mit seiner Mutter zugleich eingesetzten, Halbgeschwister ihm accresciren müßten, weil unter diesen drei Erben eine conjunctio mixta stattgefunden habe, und er mithin Erbe von dem vollen $\frac{1}{5}$ geworden sey. Hierdurch suchte er vorzüglich seinen Anspruch auf die Hälfte des ganzen Nachlasses zu begründen, und gleiche Rechte mit den Beklagten hierunter zu behaupten. Eine conjunctio realis war nun zuvörderst unter den Halbgeschwistern gar nicht anzunehmen. Die Realverbindung unter Miterben setzt voraus, daß mehrere Personen in derselben Sache, und zwar in verschiedenen Propositionen oder Perioden, disjunctim, zu Erben eingesetzt sind h). Nach dem Testamente

 ist

h) vt eadem res disjunctim et quidem singulis in solidum relinquatur, oder, wie es in der leg. 89. D. de legat. 3. heißt: re con-

ist aber das letzte $\frac{1}{5}$ den darin eingesetzten drei Halbgeschwistern nicht in solidum, oder einem jeden das Ganze hinterlassen; vielmehr bestimmen die Erblasser ausdrücklich: daß sie zusammengenommen das $\frac{1}{5}$ haben sollen.

Von mehrerm Anscheine ist es indeß, daß durch den Ausdruck: diese zusammengenommen, eine conjunctio mixta geschehen sey. Bekanntlich tritt die letztere alsdann ein, wenn mehrere in einer und derselben Verbindung, ohne Beyfügung der Theile — pro indiviso — zu einer Erbschaft berufen sind [i]. Der vorliegende Fall scheint auch denen völlig gleich zu seyn, welche man als Beyspiele der conjunctionis mixtae gewöhnlich anzuführen pflegt [k]; indem die Erblasser zuerst die Namen der drei Halbgeschwister in einem Satze anführen, und ihnen hierauf, ohne jedem einen besondern Theil zu bestimmen, das letzte Fünftheil zusammen, oder gemeinschaftlich, hinterlassen. Nimmt man nun an, daß in den angeführten Ausdrücken des Testaments eine conjunctio mixta liegt, so würden unstreitig alle drei für eine Person zu halten gewesen seyn, mithin unter ihnen, mit Ausschluß der übrigen Vollgeschwister, welchen $\frac{4}{5}$ disjunctim, nemlich jedem besonders $\frac{1}{5}$ des Ganzen, hinterlassen sind, das jus accrescendi in Absicht des letzten gemeinschaftlichen $\frac{1}{5}$ stattgefunden haben [l].

14.

conjuncti videntur, cum duobus separatim eadem res legatur. Madihn princ. de success. §. 126. Maiansius de jure accrescendi §. 14. Bach de jure accrescendi §. 2.

i) Hellfeld jurispr. forens. §. 1498.

k) L. 89. D. de legat. 3. L. 142. D. de Verb. Signif. Majansius und Bach l. c. Westphal von Vermächtnissen, Th. 2. §. 1036 ff.

l) L. 63. D. de hered. instit. Lobethan von der Erbfolge, §. 135.

Erwägt man aber den ganzen Zusammenhang der angeführten Stelle des Testaments und die Absicht der Erblasser, so scheint mehr eine bloße conjunctio verbalis, als mixta angenommen werden zu müssen. Denn die drei Halbgeschwister sind durch das Bindungswort „und" mit den übrigen in Verbindung gebracht, und nur unter sich mit Buchstaben wieder abgesondert, wobey am Ende verordnet wird: „diese zusammengenommen sollen ein Fünftel haben". Nach der Intention der Erblasser ist dieser Zusatz nicht dispositionis, sondern blos demonstrationis caussa gemacht, um anzudeuten, daß die Halbgeschwister nicht, wie die vollbürtigen Geschwister, nach Kopfzahl gehen, sondern daß sie zusammen das letzte $\frac{1}{5}$, oder jeder $\frac{1}{3}$ desselben, mithin $\frac{1}{15}$ des ganzen Nachlasses, erben sollten. Der mehrbemerkte Ausdruck: diese zusammengenommen $\frac{1}{5}$, und die Absonderung der Halbgeschwister durch Buchstaben, zeigt ganz deutlich, daß unter ihnen eine Theilung des letzten Fünftels Statt haben sollte, wenn gleich die ausdrückliche Beyfügung der Theile desselben, als überflüssig, unterblieben ist m). Waren also die Halbgeschwister blos verbaliter, in derselben Proposition und mit Beyfügung der Theile, unter einander verbunden; so blieb es wiederum sehr zweifelhaft, ob ihnen alsdann überall ein jus accrescendi zugesprochen werden konnten).

Ob

m) Per numerationem personarum quantitas divisa videtur. L. 7. L. 89. §. 2. D. de legat. 2. L. 56. D. de condit. et demonstr.

n) H. Coccejus in diss. de jure accrescendi inter verbis conjunctos behauptet, daß inter coheredes verbis tantum conjunctos das jus accrescendi keine Statt finde. Ist diese Meinung gegründet, so können wörtlich verbundene Miterben nicht für eine Person gehalten werden, und folglich auch die, der Sache nach verbundenen, Miterben nicht ausschließen. Kein geringes Gewicht zum Vortheil dieser Behauptung scheint die L. 63.

Ob nun gleich die Bestimmung des Verhältnisses, wonach die erledigten Portionen zu vertheilen gewesen, immer zweifelhaft geblieben seyn würde, wenn man blos auf die Grundsätze der verschiedenen Arten der Conjunctionen und des dabey eintretenden juris accrescendi zu sehen gehabt hätte; so wenig Schwierigkeiten fanden sich hingegen bey den Gründen, worauf sich die Bestätigung des Canzleyerkenntnisses stützte.

In dem oben angezogenen §. 6 des Testamentes ist nämlich eine wechselseitige Substitution der Miterben ausdrücklich enthalten. Zuerst sind darin die Kinder ihren Eltern, hiernächst aber sämmtliche Erben einander dergestalt substituirt, daß des abgehenden Miterben Portion den übrigen sämmtlichen Erben in dem Verhältnisse anheim fallen sollte, als sie hier zu Erben eingesetzt worden. Es konnte daher von der Anwendbarkeit des juris accrescendi gar nicht die Rede seyn, weil dasselbe durch eine substitutionem reciprocam expressam allezeit ausgeschlossen wird o). Die Absicht der Substitution würde nicht erreicht werden, wenn die vakante Portion nicht auf die Substituirten, sondern nach dem jure accrescendi auf den coheredem conjunctum fallen sollte. Ueberhaupt äussert sich der Unterschied zwischen dem jure accrescendi und der substitutione reciproca sive breviloqua unter andern auch darunter, daß jenes unmittelbar aus den Gesetzen herfließt, und nur den con-

D. de hered. inst. zu haben, weil darin der wörtlich verbundenen nicht namentlich gedacht wird. Daß übrigens bey den legatariis, verbis tantum conjunctis, kein jus accrescendi Statt habe, vertheidigen Voet in Comment. ad pandect. tit de legat. nro. 61 ff. Cocceji in jure controv. P. 2. p. 352. Faber in error. Pragmat. Dec. 49. 50. M. vergl. Unparteyische Critik über jurist. Schriften B. 3. S. 530.

o) Ge. Ad. Struv. jurispr. for. Lib. 2. Tit. 23. §. 17.

conjunctis Vortheil bringt; diese aber auch den disjunctis nützlich wird, und besonders in dem Falle immer von gutem Nutzen ist, wenn der Erblasser nicht will, daß der eine oder der andere Miterbe den erledigten Antheil nach dem jure accrescendi erhalten soll p).

Diese Absicht der Erblasser läßt sich nun ganz natürlich und ungezwungen aus dem §. 6 des Testaments herleiten. Die wechselsweise Substitution ist ausdrücklich dahin gerichtet: daß die erledigten Erbtheile, wenn keine Kinder am Leben wären, den sämmtlichen übrigen Erben, und zwar nach der Proportion der Erbeinsetzung, zufallen sollten. Unter dieser generellen Substitution sind unstreitig die Erbtheile der drei Halbgeschwister mit begriffen; weil die vakanten Portionen den sämmtlichen übrigen Erben ohne Unterschied zufallen sollen. Ueberhaupt siehet man aus dem ganzen Zusammenhange beider Stellen, daß die Erblasser ihren Vollgeschwistern mehr zuwenden wollen, als den Halbgeschwistern; da sie das Verhältniß der Erbeinsetzung wie 3 zu 1 bestimmten, und bey der festgesetzten Substitution würde es sowohl den Worten des Testaments, als der unverkennbaren Absicht der Erblasser entgegen gewesen seyn, wenn man bey den Halbgeschwistern eine Ausnahme hätte machen und ihnen ein jus accrescendi zuerkennen wollen. Das Theilungsverhältniß, welches der Kläger bey den vakanten Erbtheilen zum Grunde gelegt wissen wollte, konnte daher nicht angenommen werden. Im Zweifel wird schon vermuthet, daß der Substituirte eben den Theil der Erbschaft erhalten soll, zu wel-

p) Reuter de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine §. 1 — 29. Cleemann de reciproca coheredum substitutione § 3 - 15. Thibaut System des Pandectenrechts §. 910.

welchem der eingesetzte Erbe berufen ist q). Dieser Grundsatz war hier um so mehr anwendbar, da er mit der ausdrücklichen Anordnung der Erblasser: daß die erledigten Portionen, nach dem Verhältnisse der Erbtheile, den sämmtlichen übrigen Erben anheim fallen sollten, vollkommen übereinstimmte. Die ganze Erbschaft war nun in fünf Theile getheilt, und davon den vollbürtigen Geschwistern $\frac{4}{5}$, den drei Halbgeschwistern aber nur $\frac{1}{5}$, von dem letzten Fünftel, jedem besonders angewiesen. Die Erbeinsetzung ist also in dem Verhältnisse, wie 3 zu 1, oder $\frac{3}{15}$ zu $\frac{1}{15}$ geschehen, und da diese Proportion, bey der Vertheilung des Nachlasses, in dem Erkenntnisse der Stadeschen Justizcanzley zum Grunde gelegt, mithin vollkommen arithmetisch-richtig erkannt war; so mußten auch die im appellatorio, wegen der erkannten Vertheilung des Vermögensnachlasses, gegenseitig aufgestellten Beschwerden als unerheblich verworfen werden.

q) L. un. §. 10. C. de caduc. toll. Reuter l. c. §. 17. Höpfner im Commentar §. 502.

XXIX.

XXIX. Erörterung.

Die gemeinschaftlich errichtete Disposition, wodurch zwei Personen sich ein gegenseitiges Erbrecht zugesichert haben, kann von einem Theile, zum Nachtheile des andern, nicht einseitig abgeändert oder wieder aufgehoben werden.

---

§. 1.

Wenn Dispositionen über das gegenseitige Beerbungsrecht der Disponenten in testamentarischer Form, oder als gemeinschaftliche Letztewillensverordnungen, abgefasset werden; so bezeichnet man dieselben gewöhnlich mit der Benennung: Testamenta reciproca, und die Frage: Ob dergleichen Dispositionen, von einem der disponirenden Theile, zum Nachtheile des anderen, einseitig abgeändert und wieder aufgehoben werden können? gehöret zu den äusserst streitigen Rechtsfragen.

§. 2.

Einige Rechtslehrer halten dafür, daß jedes Testamentum reciprocum, ohne allen Unterschied, selbst bey der von beiden

Theilen geschehenen Annahme der Erbeinsetzung, und ungeachtet des ausdrücklich hinzugefügten Versprechens, die Disposition entweder gar nicht, oder doch wenigstens nicht ohne Einwilligung des Mitdisponirenden, ändern zu wollen, zu jeder Zeit einseitig wieder aufgehoben werden könne r).

Andere unterscheiden, zwischen einem testamento reciproco simplici und einem testamento reciproco correspectivo, oder demjenigen Testamente, aus welchem ausdrücklich erhellet, daß der eine Disponent den andern blos um deswillen zum Erben ernannte, damit er von diesem selbst instituiret ward. Die Zulässigkeit der einseitigen Aufhebung des testamenti reciproci simplicis geben diese Rechtslehrer zu, sie behaupten aber dagegen die Unwiderruflichkeit des correspectiven Testaments aus dem Grunde, weil die correspective Erbeinsetzung schon hinlänglich die Absicht zu erkennen gäbe, sich gegenseitig unwiderruflich zu verbinden, und nicht einseitig davon abgehen zu wollen s). Noch andere Schriftsteller verwerfen den ebengedachten Unterschied gänzlich, und machen die Widerruflichkeit jedes testamenti reciproci nicht allein von der in dem Testamente geschehenen gegenseitigen Annahme der Erbschaft, sondern besonders von der ausdrücklichen Erklärung der Disponenten, abhängig. Wäre — sagen sie — in einem Testamente die Annahme der Erbschaft geschehen, so müsse man unterscheiden, ob dabey ausgemachet sey, oder es sonst aus dem Aufsatze deutlich erhelle, daß der Erblasser gewollt habe, daß hierdurch etwas Unwiderrufliches festgesetzet werden solle, oder ob diese Absicht nicht

r) Mynsinger Cent. 1. Observ. 8. Nro. 11.. Harprecht de Testam. correspect. §. 8. 11. Berger Oecon. Jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 22. Not. 4. Leyser Spec. 359. Medit. 11.

s) Struv. Syntagm. Jur. Civ. Exercit. 32. Th. 43. Cannegiesser Decis. Summi Tribun. Cass. T. 1. Decis. 43 et 143.

nicht deutlich constire. Ersteren Falls werde das Testament als Erbvertrag gelten; letzteren Falls aber die Annahme als etwas Ueberflüssiges angesehen werden müssen. Selbst wechselseitige Testamente, die man correspectiva nenne, wären hiervon nicht ausgenommen. Es hätten dieselben zwar einen Anschein der Unwiderruflichkeit für sich; wofern aber keine förmliche Annahme geschehen, und die Absicht der Unwiderruflichkeit nicht ausgedrucket sey; so könnten sie allerdings einseitig aufgehoben werden t). Endlich aber erklären mehrere Rechtsgelehrte ein testamentum reciprocum überhaupt, und ohne Rücksicht auf alle vorgedachte Unterschiede und Einschränkungen, aus dem Grunde für unwiderruflich, weil dasselbe schon an sich eine gegenseitige Einwilligung der Disponenten in sich fasse, wodurch ein Jeder dem Anderen, bey diesem Willen zu bleiben, sich verbunden habe u).

§. 3.

Diese große Verschiedenheit der Urtheile, über die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit des testamenti reciproci, rühret augenfällig daher, daß manche Rechtslehrer aus einer, leider! besonders in frühern Zeiten, nur zu allgemeinem Vorliebe des Römischen Rechts, letzteres, mehr oder minder, auf ein Geschäfft ächt deutschen Ursprungs anzuwenden suchten, und sich durch dieses ganz unpassende Verfahren in Widersprüche verwickelten. Nur durch die sorgsame Absonderung der Grund-

 sätze

t) Nicolai Resolut 10. Nro. 24 seq. Stryk Us. modern. Pand. Lib. 28. Tit. 3. §. 5. Berlich Decis. 92. Nro. 12. Claproth von Testamenten §. 45.

u) Schilter Exercit. 39. Th. 57. Io. Sam. Stryk Diss. de testam. conjug. reciproc. §. 74.

säße des Römischen und Deutschen Rechts, über die Erbfolge durch Testament und Vertrag, lässet sich aber die Sache richtig beurtheilen.

§. 4.

Von den frühesten Zeiten her betrachteten die Römer alle Erbfolge als eine Staatssache, welche keinen Gegenstand der Privatverträge ausmachen könne, so wie sie denn auch von solchen Verträgen lebensgefährliche Folgen für den Erblasser besorgten. Alle pacta successoria universalia acquisitiva hatten daher keine Verbindlichkeit unter den Contrahenten. Sie verschafften keinem Dritten ein wahres Erbrecht, vielmehr hielt man sie für unsittlich, ungültig und nichtig x). Nach diesen Begriffen der Römer, konnte, ausser der Intestat-Succession, eine Erbfolge in alle Güter, Rechte und Verbindlichkeiten, — successio universalis — nur durch ein einseitiges, nach gesetzlichen Vorschriften eingerichtetes, Testament übertragen werden. Ein solches Testament ward aber, und wird noch, erst mit dem Ableben des Testirenden perfect. Niemand kann dadurch eine Befugniß erlangen, sich der Aufhebung der testamentarischen Disposition zu widersetzen. In Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes: „Ambulatoria est voluntas hominis, usquae ad vitae supremum exitum", y) behält der Testator das Recht, seinen Letztenwillen zu jeder Zeit zu ändern, ja es kann der Testator diesem Rechte auf keine Weise durch Versprechen entsagen z); denn versicherte derselbe, auch selbst mittelst eines

x) Heineccius Diss. de Origine test. fact. §. 16. Malblanc s. Rheinwald Diss. de causis improb. pacti hered. ex Jure Rom. §. 1 — 51.

y) L. 4. Dig. de adim. et transfer. legat.

z) L. 55. Dig. de Legat. 1 et L. 22. Dig. de Legat. 3.

eines Eides, daß er das Testament nicht ändern wolle; so wäre dieses doch nur ein vergeblicher und einseitiger Eid, wodurch keinem Dritten eine Befugniß erwachsen kann, zu verlangen, daß es dabey gelassen werden müsse a).

§. 5.

Könnte man diese Römischen Grundsätze unbedingt auf die sogenannten testamenta reciproca anwenden; so würde die uneingeschränkte Widerruflichkeit dieser Art von Dispositionen keinem Zweifel unterworfen bleiben. Weder die Annahme der wechselseitig zugedachten Erbfolge, noch die auf das bestimmteste ausgedrückte Absicht und Versicherung, von der Disposition nicht wieder abgehen zu wollen, würden eine Unwiderruflichkeit zu begründen im Stande seyn. Allein die Zulässigkeit der Anwendung Römischer Rechtsbegriffe findet hier um deßwillen nicht Statt, weil den Römern die, wie gesagt, nur einseitige Letztewillensverordnungen zuließen, eine gleichzeitige, wechselseitige Erbeinsetzung, in einem und demselben Aufsatze, oder eine solche Disposition auf den Todesfall, die man jetzt testamentum reciprocum benennet, gänzlich unbekannt war. Die mehrsten, besonders älteren, Rechtsgelehrten b) wollen zwar eine dergleichen gegenseitige Erbeinsetzung lediglich als zwei von einander abzusondernde Testamente zweier Personen betrachten, welche

a) L. 112. §. 4. Dig. de Legat. 1. L. 22. Dig. de Legat. 3. Lauterbach Coll. Th. Pr. Lib. 28. Tit. 3. §. 11. Claproth von Testamenten §. 45.

b) Carpzov P. 3. Const. 2. Def. 11. Nro. 1 et Defin. 12. Nro. 5. Const. 7. Def. 21. in fine. Besold P. 6. Conf. 288. Nro. 5. Gail Lib. 2. Obs. 117. Nro. 2. Richter Decis. 33. Nro. 16. Mevius P. 9. Dec. 148.

welche nichts anderes als die Errichtung in einer und derselben Schrift gemein hätten, und daher ganz als einseitige testamentarische Verfügungen, nach Grundsätzen des Römischen Rechts, beurtheilet werden müßten. Gegen diese Meinung streitet es aber offenbar, daß Disponenten, welche in einer und derselben Schrift gegenseitig über die Erbfolge verfügen, schon dadurch unverkennbar die Absicht darlegen, ihre Dispositionen in die genaueste Verbindung mit einander zu setzen, und nicht von einander trennen lassen zu wollen; so wie denn auch die gegenseitige Erbeinsetzung in einer Schrift nothwendig eine, wegen der reciproken Erbfolge, vorhergegangenen Uebereinkunft voraussetzet, welche die Römer so wenig kannten, daß sie dieselbe vielmehr für unsittlich und für durchaus ungültig hielten (§. 4).

Die Anwendung Römischer Rechtsprincipien auf die Entscheidung über die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der den Römern ganz fremden reciproken Erbeinsetzungen dürfte daher ungefähr eben so unpassend seyn, als wenn man aus dem Tit. Codicis, de militari veste, die Ordonanzmäßigkeit der Montur unseres gegenwärtigen Militairs beurtheilen wollte.

§. 6.

Nur aus dem Deutschen Rechte läßt sich der vorliegende Gegenstand befriedigend erläutern und richtig entscheiden.

In Deutschland waren, vor der Einführung des Römischen Rechts, Testamente und andere einseitige Letztewillensverordnungen gänzlich unbekannt c). Dagegen stand aber bey den Deutschen, der Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Erbfolge, weder

c) Runde teutsches Privatrecht §. 646 und 678.

weder ein willkührlicher Grundsatz des Staatsrechts, noch die Besorgniß lebensgefährlicher Folgen für den Erblasser, entgegen. Allgemein war daher von jeher der Gebrauch der Erbverträge in Deutschland, und selbst die, durch die Aufnahme des Römischen Rechts bewirkte, Einführung einer Erbfolge durch Testament oder einseitige Letzewillensverordnung vermogte so wenig, der fortdauernden Gültigkeit der Erbverträge etwas zu entziehen, daß man sich vielmehr dieser, nach wie vor, hauptsächlich in der Absicht bediente und noch bedienet, um dasjenige, was von den Römischen Erbfolgsrechten unseren Sitten nicht angemessen ist, damit zu entkräften. Die auf die ältesten deutschen Rechtsmonumente d) und auf ein ununterbrochenes Herkommen sich gründende Gültigkeit der Erbverträge mußte freilich den nur von Römischen Rechtsbegriffen ausgehenden Rechtsgelehrten ein Stein des Anstoßes und Fels des Aergernisses seyn. Um ihrem Systeme nicht ganz ungetreu zu werden, suchten sie, durch Aufgebot ihres ganzen Scharfsinnes, in den ausländischen Rechtsbüchern Gründe aufzufinden, durch welche jene Verträge allenfalls aufrecht erhalten werden könnten. Bald verlangten sie, daß Erbverträge jedesmal durch einen Eid bekräftiget werden sollten; bald nahmen sie an, daß die Erbverträge nur dann gültig wären, wenn bey ihnen die den Letztenwillensverordnungen vorgeschriebenen Formen beobachtet würden e). Allein längst schon ist man von diesen Verirrungen zurückgekommen, und der übereinstimmende Gebrauch aller deutschen Gerichte hat die heutige Gültigkeit der Erbverträge so vollständig ausser Zweifel gesetzet, daß man auf die Einstreuungen älterer Juristen, die so gern alles germanische Recht vom vaterländischen Boden verdränget hätten, keine Rücksicht mehr nimmt.

d) Heineccius Elem. Jur. Germ. Tom. 1. Lib. 2. Tit. 6. §. 146 seq. Danz deutsches Privatrecht B. 7. §. 660.

e) Hofacker Princ. Jur. Civ. Rom. german. Tit. 2. §. 1401.

nimmt f). Unleugbar ist diesemnach noch gegenwärtig die Lehre von Erbverträgen, nicht nach Römischen, sondern nach ursprünglich Deutschen Rechten, zu ermäßigen.

Die Verbindlichkeit der Erbverträge hänget von keiner gewissen Form, oder vorgeschriebenen Feierlichkeit, und insonderheit weder von Eidschwüren, ausdrücklichen Zusicherungen ihrer Unwiderruflichkeit und gegenseitigen wörtlichen Annahmen der verabredeten Erbfolge, noch von gerichtlichen Bestätigungen, ab. Es beruhen die Erbverträge vielmehr, gleich allen anderen Verträgen, auf der wechselseitigen, an sich nach allgemeinen Rechtsprincipien gültigen, Einwilligung der Paciscenten, durch welche, in so fern nicht ausdrücklich das Gegentheil festgesetzet ist, alle einseitige Abänderung und willkührlicher Widerruf gänzlich ausgeschlossen werden g).

§. 7.

Zu den deutschen Erbverträgen, und zwar zu den pactis hereditariis affirmativis adquisitivis, ist aber jede Disposition zu zählen, durch welche sich Personen, und besonders Ehegatten, gegenseitig und gleichzeitig die Erbfolge in ihrem beiderseitigen Vermögen auf den Todesfall zusichern. Wenn man dergleichen Dispositionen, in so fern dieselben die äussere Form eines

f) Leyser Spec. 43. Medit. 6 et 7. Danz deutsches Privatrecht B. 7. §. 660.

g) Gerdes de Validitate pact. successor. etiam juram. non confirm. Struben Nebenstunden, Th. 5. S. 53. Danz a. a. O. — Cum nemo mutare consilium suum in alterius injuriam possit, neque reprobare quod semel probatum est. Sec. L. 75. Dig. de Reg. Jur. L. 9. Dig. de Negot. gest. Cap. 33. de Reg. Jur. in 6to.

eines Testaments haben, Testamenta reciproca, oder auch wohl correspectiva, nennet; so scheinet diese Benennung, streng nach Römischen Begriffen genommen, nicht passend zu seyn, weil, wie oben vorgekommen ist, die Römer keine Testamenta reciproca kannten. Auf den, von der zufälligen Form hergenommenen, Namen kömmt es nicht an, wohl aber auf das innere Wesen der Disposition selbst, und dieses deutet, jeden Falls, es mag ausdrücklich gesaget seyn oder nicht, auf einen Erbvertrag hin. Personen, die zugleich, und in einem und demselben Aufsatze, sich gegenseitig zu Erben einsetzen, gehen ein ächt deutsches Geschäfft ein, und geben schon dadurch hinlänglich zu erkennen, daß sie ihre gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Geschäffte nur nach Grundsätzen des deutschen Rechts beurtheilet wissen wollen. Die wechselseitige gleichzeitige Zusicherung der Erbfolge setzet auch nothwendig eine dieserhalb vorhergegangene Uebereinkunft, und die gegenseitige Absicht, zum voraus, nicht willkührlich, einseitig, und ohne das Wissen und die Einwilligung des Mitdisponenten, von der Disposition wieder abgehen zu wollen.

Nimmt man das Gegentheil an; so läßt sich, in so fern man die hier unpassenden Römischen Rechtsbegriffe beseitiget, kein Grund gedenken, der die Disponenten bewegen könnte, sich gleichzeitig, gegenseitig zu Erben einzusetzen. Gewöhnlich wird bey dergleichen reciproken Erbeinsetzungen ein gegenseitiger, von dem ungewissen längeren oder kürzeren Leben des einen oder anderen Disponenten abhangender, Vermögensgewinn beabsichtiget, und in so fern dieses der Fall ist, wird wohl nicht leicht die Existenz eines eigentlichen Vertrages verkannt werden können, bey dessen Aufrechthaltung beide Theile, vermöge der gegenseitigen, auf Hoffnung übernommenen, Aufopferungen, das größeste Interesse haben. Gesetzt aber auch, der bey weitem größeste Theil des Vermögens befände sich nur auf der Seite des einen Paciscenten; der zu hoffende Gewinn

wäre also nicht vollkommen gegenseitig, sondern vorzüglich, vielleicht gar allein, auf der Seite des Minderbegüterten, und unter solchen Verhältnissen hätte blos gegenseitige Zuneigung die gleichzeitige, wechselseitige Erbeinsetzung veranlasset; so ändert doch auch dieses nichts in der Sache. Bey der Beurtheilung der Verbindlichkeit einer solchen Disposition kann nicht darauf gesehen werden, ob der überwiegende Gewinn nur auf der Seite des einen Contrahenten ist, sondern es kömmt, so wie allenfalls bey der Beurtheilung einer Donation, lediglich auf die Absicht des Donantis beym Geben, und des Donatarii beym Annehmen, an. Die Absicht der nicht gleichbegüterten Personen, durch eine gleichzeitige, gegenseitige Erbeinsetzung sich nach deutschen Rechten per modum pacti successorii verbinden zu wollen, ergiebt sich aber aus der gewählten Art der Disposition; denn warum hätte wohl der Reichere die auf die Begünstigung des Minderbegüterten abzweckende Disposition nicht einseitig errichtet, wenn es seine Absicht gewesen wäre, die ihm, nach Römischen Rechten, bey Testamenten zustehende Befugniß des Widerrufs sich vorzubehalten?

Die Form der gegenseitigen Erbeinsetzung kann nicht in entscheidenden Betracht kommen. Deutsche Erbverträge sind, wie oben bemerkt ward, an keine besondere Förmlichkeiten gebunden. Die äußere Form der Aufsätze, wodurch Laien in der Jurisprudenz, und besonders Landleute, ihren Willen, durch die Mitwirkung Anderer, zu erkennen geben, hänget größtentheils von gedankenloser Gewohnheit, und von der Willkühr der Concipienten, der zugezogenen, oft schlecht unterrichteten Rechtsbeystände, oder der Gerichtspersonen ab, und es würde eben so unrecht seyn, eine gleichzeitige, gegenseitige Erbeinsetzung blos um deswillen, weil solche in die Form eines Testaments gebracht ist, als einen Letztenwillen nach Römischen Begriffen, zu beurtheilen, als wenn man auf den Gedanken kommen wollte, beym Wechselproceß einem völlig gültigen Wechsel aus dem Grunde den

Effect

Effect zu versagen, weil etwa die Unterschrift des Ausstellers, ganz zum Ueberflusse und wider allen Wechselgebrauch, von sieben Zeugen attestiret wäre.

§. 8.

Gleichzeitige, gegenseitige Dispositionen über künftige Erbfolge in einem und demselben Aufsatze sind solchemnach unter jeder Form für wahre Erbverträge zu halten, welche, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich festgesetzet ist, die Contrahenten in dem Maaße unwiderruflich verbinden, daß keiner von ihnen davon einseitig wieder abgehen kann, ohne daß darauf Rücksicht genommen zu werden braucht, ob der Befugniß des Widerrufs wörtlich entsaget; ob die Annahme der gegenseitigen Erbeinsetzung ausdrücklich geschehen; und ob die Disposition, als ein eigentlicher Vertrag, als ein Testamentum reciprocum simplex, oder ein Testamentum correspectivum, abgefasset ist b).

§. 9.

Die in den vorstehenden Absätzen berührte Rechtsmaterie kam bey dem höchsten Tribunale, neuerlich, in dem folgenden Falle zur Erwägung.

Jacob Zum Felde errichtete mit seiner Ehefrau, geb. Kolster, am 12. Junius 1797, ein sogenanntes reciprokes Testament, dessen Inhalt, in sofern derselbe hier in Betracht kommen kann, folgender war: — „Es erschien Jacob Zum Felde, mit seiner Ehefrau Metta, geb. Kolster, und gab zu vernehmen:

b) Schilter Exercit. 39. Th. 57. und Io. Sam. Stryk Diss. de testam. Conjug. reciproc. §. 74.

„Er habe gegen seine gegenwärtige Frau, bey dem König-„lichen Consistorio, einen Proceß in pto. adulterii führen „müssen, welcher aber durch gütliche Vereinbahrung gänzlich auf-„höre, und hätten sie Beyde sich dergestalt wiederum ausgesöh-„net, daß sie sich verabredet, eine reciproke Erbeinsetzung vor Ge-„richt zu errichten, mit geziemender Bitte, diese ihre Letztwillens-„meinung von ihnen ad protocollum zu nehmen. — Nachdem „nun die Metta Zum Felde dieses Gesuch wiederholte; — „so declarirte Jacob Zum Felde, wie er hiermit seine gegen-„wärtige liebe Frau — zur einzigen wahren Universalerbin derge-„stalt einsetze, daß dieselbe, nach seinem in Gottes Händen ste-„henden Ableben, seinen ganzen, ihm eigenthümlich zustehenden „Nachlaß erben, haben und behalten sollte; jedoch verordne er „dabey:" (auf die hier im Originale folgenden Legate kömmt es nicht an) Dahingegen declarirte Metta, geb. Kolster: „So „wie sie die obige Verordnung mit Dank annehme; so ver-„ordne und wolle sie, daß, nach ihrem, ebenfalls in Gottes Hän-„den stehenden Ableben, vor ihrem Ehemann, derselbe ihr einziger „wahrer Erbe des gesammten Nachlasses seyn und bleiben solle; „jedoch verordne sie u. s. w." (Hier folgten wieder verschiedene Legate, und dann hieß es weiter:) — „Dieses wäre ihre freie und „ungezwungene Willensmeinung, welcher sie nichts hinzuzusetzen „wüßte. Nachdem nun dieses ganze Protocoll wiederum deutlich „vorgelesen worden; so declarirten beide Eheleute: daß Vorste-„hendes ihr wahrer Wille, und nach ihrem Tode zur Richtschnur „dienen, mithin als ein Testament, Fideicommiß, Codicill, „Schenkung auf den Todesfall, oder wie solche ihre Disposition „bestehen mögte, gelten und angesehen werden sollte, mit Bitte, „dieses von gerichtswegen zu bestätigen, ad acta curiae zu be-„fördern, und ihnen von daher einen Repositions-Schein zu „ertheilen."

Ein Jahr darauf, nämlich am 19. August 1798, errichtete die Ehefrau, einseitig, und ohne Vorwissen des Ehemannes, ein an-

anderes gerichtliches Testament, widerrief in demselben die erste Disposition ausdrücklich, und setzte ihre nächsten Anverwandten zu Erben ein. Diese machten, nach dem Tode der Ehefrau, dem verwittweten Jacob Zum Felde die Erbschaft streitig, indem sie sich auf den Widerruf der ersten Disposition stützten. Es kam dieserhalb zu einem Rechtsstreite, in welchem das höchste Tribunal, in der Appellations-Instanz, mittelst der Sentenz vom 17. September 1803, in Sachen Zum Felde wider Kolster wegen Erbschaft, folgendermaßen erkannte: „Da die, von „dem Appellanten und dessen verstorbener Ehefrau, am 12ten „Junius 1797 errichtete Disposition allerdings einen rechts„beständigen Erbvertrag enthält, welchen, einseitig auf„zuheben, oder zu widerrufen, keiner der contrahirenden Theile „befugt war; So ist in diesem Stücke übel gesprochen und wohl „appelliret, mithin der Appellant, unter Beyseitsetzung der vori„gen Erkenntnisse, von der wider ihn aufgestellten Klage ledig„lich zu entbinden" i).

i) In einem ähnlichen Falle, in Sachen Hadler wider Behrens, erkannte der Lüneburgische Senat des höchsten Tribunals, mittelst Bescheides vom 2ten Februar 1803: — Da die gemeinschaftliche Disposition der Behrensschen Eheleute keinesweges nach Anleitung der bey einseitigen Testamenten eintretenden Grundsätze des Römischen Rechts, sondern allein in Gemäßheit der bey Erbverträgen zu treffenden Begriffe des deutschen Rechts, beurtheilet werden kann; nach den lezteren aber, jene Disposition sich als ein gemeinschaftlicher Vertrag darstellet, von welchem einseitig, und zum Nachtheile des ernannten Erben, wider abzugehen, keiner der Contrahenten befugt war; Solchergestalt aber, die späteren Dispositionen der verstorbenen Ehefrau des Imploranten, diesem, das behauptete Erbrecht auf keine Weise beylegen können; So findet das angebrachte, unbegründete Gesuch nicht Statt.

XXX.

XXX. Erörterung.

Das fatale prosequendae appellationis kann durch Uebereinkunft der Parteyen verlängert werden.

Das Rechtsmittel der Appellation ist an gewisse Nothfristen gebunden, welche insgesammt sub poenae desertionis beobachtet werden müssen k). Insonderheit gehört das fatale interponendae appellationis zu den absolut gesetzlichen Nothfristen, und es kann daher weder vom Richter, noch durch ein Uebereinkommen der Parteyen, erstreckt und erweitert werden l). Das fatale prosequendae appellationis hingegen ist den gemischten Nothfristen beyzuzählen, wobey es dem Richter gestattet wird, dasselbe zu verlängern, wenn erhebliche Ursachen dazu vorhanden sind m). Die Gesetze erlauben es daher auch den Parteyen ausdrücklich, diese

k) Oberappellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 2. §. 9. Martin Lehrbuch des Processes §. 210 ff.

l) Nov. 23. c. 1. ab Ende de fatalium rigore iniquo c. 1. §. 19. Das Gegentheil wird zwar von Jan in disp. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellat. Giesae 1787. vertheidigt; allein er ist bündig widerlegt von Kluber in dessen Bibliothek St. 20. S. 479.

m) Oberappellat.-Ger.-Ordn. a. a. O. §. 8. Glück im Commentar §. 267 f.

diese Nothfrist durch gegenseitige Convention zu verlängern n). Wird dem Richter eine solche Uebereinkunft der Parteyen glaubhaft und mit Anführung besonderer Gründe angezeigt, so muß er sie anerkennen, und er darf seine Einwilligung dazu nicht versagen; weil er niemals befugt seyn würde, die Strafe der Desertion zu verfügen, wenn der Appellant aus erheblichen, zu erweisenden Ursachen, z. B. wegen vorhabender Vergleichshandlung mit dem Gegner, zur Prosecution der eingelegten Appellation wiederholte Befristungen nachgesucht hätte. Wollte der Richter seinen Consens nicht dazu ertheilen, so würde der Appellant genöthig seyn, durch fortwährend nachzusuchende Fristen das Rechtsmittel zu salviren und dadurch in unnütze Kosten gebracht werden. Aus der Einwilligung desselben in diese Verabredung der Parteyen, erwächst für die Rechtspflege kein bedenklicher Nachtheil, zumal es den streitenden Theilen immer unbenommen ist, die Streitsache durch einen Vergleich zu beendigen. Das höchste Tribunal hat daher am 19. Jan. 1798 in Sachen von Stolzenberg c. die Lehncammer, und am 12. Sept. 1800 in S. Bostel c. Garssen, in welchen Sachen beyde Theile in aussergerichtlichen Vergleichshandlungen standen, das wechselseitige Uebereinkommen der Parteyen genehmigt und dem Antrage derselben gemäß das fatale justificandae appellationis bis auf weiteres Anrufen erstreckt.

n) Clem. 4. de appellat.

XXXI. Erörterung.

Von der eidlichen Entsagung der den Minderjährigen zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§. 1.

Ein Minderjähriger kann bekanntlich, der Regel nach, gegen die von ihm eingegangenen Geschäfte, Contracte oder Verbindlichkeiten, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, in sofern nämlich eine seiner Seits erlittene Läsion erweislich ist o). Oft ist aber von Minderjährigen dem Gebrauche dieser Rechtswohlthat eidlich entsaget, und dann tritt die Frage ein: Ob einer solchen Entsagung eine rechtliche Wirksamkeit beyzulegen sey?

§. 2.

Nach den Begriffen des Justinianischen Rechts, war den Eiden freilich nicht die Kraft beygeleget, daß durch dieselben ein an sich ungültiges oder mangelhaftes Geschäft eine größere Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit hätte erhalten können p). Allein schon

o) L. 101. Dig. de Verbor. obligat. L. 43. Dig. de Obligat. et Action. L. 9. § 4. Dig. de jurejur. L. 27. §. 1. Dig. de Minorib. L. 3. Cod. de in integr. restit.

p) L. 5. §. 1. Cod. de Legib. et Constit.

schon der Kaiser Alexander verordnet: daß, zur Abwendung von Treulosigkeit und Eidschwüren, den Minderjährigen, welche sich mit einem Eide verpflichtet hätten, die sonst gewöhnliche Hülfe nicht angedeihen müsse q). Ueber den eigentlichen Sinn dieser Verordnung entstand zwischen zweyen berühmten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit, dem Bulgarus und Martinus, ein weltaussehender Streit. Der Erstere war der Meinung, daß den durch einen Eid verpflichteten Minderjährigen die Restitution nur dann zu versagen wäre, wenn das beschworne Geschäft an sich rechtsbeständig sey; wogegen der Andere behauptete, daß auch ein ungültiges und rechtswidriges Geschäft, durch den Eid der Minderjährigen begründet werde. Diesen Zwist schlichtete der Kaiser Friedrich, indem derselbe Folgendes, als allgemeine Regel, festsetzte: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per justum metum extorta, etiam a majoribus, maxime ne quesimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti, jubemus r). Nach Anleitung dieses Gesetzes, ist man darüber einstimmig, daß Minderjährige der ihnen zustehenden Rechtswohlthat der Restitution, ohne Rücksicht auf den vorerwähnten Unterschied, eidlich, auf eine gültige und rechtsverbindliche Art, entsagen können s).

§. 3.

Nur die Frage wird als zweifelhaft betrachtet: Ob die Renunciation eines Minderjährigen schlechterdings mittelst Ableistung

q) L. 1. Cod. Si advers. vendit.

r) Auth. Sacram. puber. Cod. Si advers. vendit.

s) Lauterbach Colleg. Th. Pr. Tit. de Minoribus, §. 35. Stryk Us. mod. Pand. e. Tit. §. 14. Wernher T. 1. P. 1. Observat. 217. Carpzov P. 2. Const. 11. Def. ult.

stung eines körperlichen Eides geschehen müsse, oder ob dieselbe auch blos schriftlich vorgenommen werden könne?

Das Erstere scheinen mehrere Schriftsteller t) für unumgänglich erforderlich zu halten, jedoch wohl nicht aus hinlänglichen Gründen. In dem Römischen Gesetzbuche wird man vergebens eine bestimmte allgemeine Vorschrift darüber suchen, daß nur die körperliche Ableistung eines Eides, die Minderjährigen verbindlich mache; denn das, Leg. 1. Cod. Si adverſ. vendit. vorkommende Wort: corporaliter, gehöret offenbar blos zu den verbis enunciativis, womit das, bey der getroffenen Entscheidung untergelegene Factum erzählet wird u); und L. 3. Cod. Si Minor ſe majorem dixerit, ist allein von dem speciellen Falle die Rede: Si minor in inſtrumento, per ſacramenti religionem, majorem ſe eſſe adſeveraverit; und darüber wird denn, am Schlusse des Gesetzes, blos Folgendes gesaget: Hujusmodi autem Sacramento corporaliter praeſtito, nullum tibi ſupereſſe auxilium, perſpicui juris eſt.

Wollte man aber auch annehmen, daß diese und andere, vor der Regierung der ersten christlichen Kaiser, ertheilte Gesetze, die körperliche Eidesableistung der Minderjährigen für erforderlich erkläret hätten; so dürfte doch hierauf für jezt aus mehreren Gründen wohl keine Rücksicht weiter zu nehmen seyn. Erstlich unterscheidet der Eidschwur, nach den Begriffen der christlichen Religion, sich sehr wesentlich von der bey den Römern üblichen eidlichen Versicherung. Die Leztere geschahe, tactis aris et ſacris, und erforderte daher auf jeden Fall eine gewisse Ceremonie. Der

t) Wernher l. c. Nro. 2. Hommel Rhapſod. Qu. Vol. 2. Obſervat. 274. Nro. 8. Quistorp in seinen Beyträgen Nro. 24. Seite 378.

u) Glück Comment. der Pand. B. 5. §. 458.

Der christliche Eid ist dahingegen nichts anderes, als asseveratio religiosa, in cujus majorem fidem Deus omnipotens et omniscius invocatur in testem et vindicem x); woraus denn wohl folgen dürfte, daß eine solche Asseveratio religiosa so gut schriftlich als mündlich geschehen kann.

Zweitens, enthält die aus den Zeiten der christlichen Kaiser herrührende Auth. Sacramenta puberum, Cod. si advers. vendit., als das neueste, hier alles entscheidende Gesetz, kein Wort von der Nothwendigkeit einer körperlichen Eidesleistung, sondern verordnet schlechthin: daß die eidlichen Versicherungen der Minderjährigen inviolabiliter gehalten werden sollen; und endlich

drittens, ist es ein allgemeiner, durch mehrere Gesetze y) festgestellter Grundsatz des Canonischen Rechts, welches bekanntlich in der Lehre von den Eiden vorzüglich berücksichtiget werden muß z); Servanda esse juramenta, quae salva salute aeterna servari possint, et ad servandum, censuris ecclesiasticis jurantes adstringendos, non obstantibus juris civilis exceptionibus; wobey in Rücksicht auf die Form des abgestatteten Eides, gar kein Unterschied gemachet wird a). Diese Gründe bestätigen die, von mehreren juristischen Schriftstellern b) ange-

x) Boehmer J. Eccles. Protest. L. 2. Tit. 24. §. 2.

y) Cap. 28. X. de Jurejur. Cap. 2. in 6to h. Tit. Cap. 2. de Pactis in 6to.

z) Boehmer J. Eccl. Protest. L. 2. Tit. 24. §. 23.

a) Ejusd. Princ. Jur. Canon. §. 332. pag. 226.

b) Zoesius Comment. Dig. Lib. 4. Tit. 4. Nro. 38. Rotermund Diss. de jurejur. actib. invalid. adject. §. 10. Glück Comment. d. Pand. B. 5. §. 458.

nommene Meinung, daß Minderjährige auch schriftlich ihren Rechtswohlthaten durch einen Eid, gültigerweise renunciiren können, um so mehr, da in den Churbraunschweigischen Landen, auch zur Renunciation der weiblichen Rechtswohlthaten, keine körperliche Eidesleistung erfordert wird c). In Sachen Aron Israel wider von dem Busche, wegen Schuldforderung, erkannte daher das höchste Tribunal, durch die am 22sten September 1802 publicirte Sentenz, eine blos schriftlich geschehene Renunciation eines Minderjährigen, für rechtsverbindlich.

c) Struben Th. 1. Bedenken 24. a Pufendorf Tom. 1. Observat. 43.

XXXII.

XXXII. Erörterung.

Von der Wirkung eines, die Locationssentenz abändernden Erkenntnisses, in Hinsicht auf die streitenden Theile sowohl, als die in der Mitte stehenden unbeunruhigt gebliebenen Mitgläubiger.

Es ereignet sich bey einer gesprochenen Prioritätssentenz oft der Fall, daß z. B. der sub Nr. 2 classificirte Gläubiger, die Classification des sub Nr. 1 ihm vorgesetzten, und der sub Nr. 3 collocirte Creditor, die Classification des sub Nr. 2 ihm vorgesetzten Gläubigers, einander gar nicht streitig machen, vielmehr das Erkenntniß rechtskräftig werden lassen; der sub Nr. 3 classificirte Gläubiger aber dem sub Nr. 1 collocirten Creditor den eingeräumten Vorgang und Vorzug bestreitet und auch in der zweyten Instanz ein obsiegliches Urtheil dahin erhält, daß der erste weichen und der Forderung des sub Nr. 3 collocirten Gläubigers nachgehen soll. Alsdann entstehet die Frage:

> welche Wirkung hat ein von dem nachgesetzten Gläubiger wider den ihm vorgesetzten Creditor erhaltenes obsiegliches Erkenntniß, sowohl in Absicht beider, als auch in Hinsicht der zwischen ihnen collocirten, an dem Prioritätsstreite keinen Antheil genommenen, Creditoren?

Zuvörderst leidet es keinen Zweifel, daß aus der bekannten Rechts-
regel

regel d) des Scävola: vincens vincentem, vincit victum, der in dem angeführten Beyspiele, sub Nr. 3 classificirte Gläubiger den Platz des sub Nr. 1 collocirt gewesenen Creditors nicht einnehmen kann; denn diese Rechtsregel handelt gar nicht von dem Vorzuge der Gläubiger im Concurse vor einander, sondern lediglich von den Ansprüchen verschiedener auf einander folgenden Besitzer einer Sache, und von der Verfolgung des ihnen zustehenden Pfandrechts e). Eben so wenig kann sich der sub Nr. 3 collocirte Creditor darauf berufen, um in des erstern Stelle einzurücken, daß der sub Nr. 2. classificirte Gläubiger sich die Vorsetzung von Nr. 1 habe gefallen und in Rechtskraft treten lassen; weil ihm selbst eben dies, in Absicht des sub Nr. 2 collocirten Gläubigers, entgegen stehet f). Auch die bekannte Lex: *Claudius Felix* g), welche zunächst von der obigen Frage handelt, entscheidet dieselbe nicht ganz bestimmt und deutlich genug h).

Wird der, in der Prioritätssentenz Nr. 1 classificirte, Gläubiger, von dem Nr. 3. ihm nachgesetzten Creditor, vermöge des Ein-

d) L. 14. § 3. de diverſ. temp. praeſcript.

e) Henr. Godofr. Bauer pr. Regulae ſi vinco vincentem te, vinco te ipſum, perperam in concurſu creditorum locum dari. Lipſ. 1783. Dabelow Versuch einer Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, §. 302.

f) Mit Recht bemerkt dieses Bauer l. c. in dem von ihm §. 15. angeführten praejudico des Oberappellat.-Gerichts.

g) L. 16. D. qui potior. in pign.

h) Es zeigen solches die verschiedenen Meinungen der Schriftsteller, welche dieses Gesetz theils critisch, theils logisch behandelt und erläutert haben, als: Jenſius in Strict. ad pand. p. 148. Cujacius ad lib. 3 quaeſt. Pauli, in opusc. Tom. 2. p. 1040. Huber ad lit. pandect. qui potiores in pign. §. 29 ſeqq. a Pufendorf Tom. 3. Obſ. 179. Westphal vom Pfandrechte §. 172. Dabelow a. a. O. §. 311.

Eintretungsrechts, aus einem Vertrage, einer Cession und Bürgschaft, überwunden i); so tritt der letztere allerdings in des erstern Stelle, und in einem solchen Falle gehet mithin derselbe auch dem sub Nr. 2 collocirten Gläubiger vor. Aber dieses ist keine Folge der Rechtsregel: vinco vincentem etc.; denn die Classification bleibt dieselbe, und nur die Person der Gläubiger sub Nr. 1 et 3 wird verwechselt. Der creditor intermedius leidet dadurch nicht den geringsten Nachtheil, weil die Succession oder Eintretung des dritten Gläubigers in des erstern Stelle blos in so weit geschiehet und geschehen darf, als dessen, aber nicht des succedirenden Creditors eigene, Forderung beträgt. k)

Sucht hingegen der dritte Gläubiger blos das dem erstern, z. E. ex privilegio dotis, oder pecuniae ad emendum creditae zuerkannte Vorzugsrecht zu entkräften und zu zeigen, daß des erstern Forderung ad parapherna gehöre, oder die Erfordernisse des privilegii pecuniae ad rem emendam creditae nicht vorhanden wären, mithin der seinigen hätte nachclassificirt werden müssen, und erreicht auch wirklich in der zweyten Instanz seine Absicht; so muß freilich der erste Gläubiger, ademto jure praelationis, an seinen gebührenden Platz verwiesen werden; aber der dritte Gläubiger kann deshalb des erstern Stelle mit seiner eigenen Forderung niemals ganz einnehmen. Denn theils stehet ihm, in Absicht des zweiten, von ihm gar nicht beunruhigten Mitgläubigers die Rechtskraft des Locationsurtheils entgegen; theils kann er aus der bloßen Entkräftung des Vorzugsrechtes seines Gegners kein Successionsrecht in der Maaße ableiten, um mit seiner eigenen, ganzen Forderung an dessen Stelle zu treten.

Wenn

i) Dabelow a. a. O. §. 236 ff. Westphal a. a. O. Seite 252.

k) Die Lex 16. D. cit. gedenkt des Falles: cum tertius creditor primum de sua pecunia demisit, in ejus locum substituitur in ea quantitate quam superiori ex solvit. Hofacker princ. jur. civ. §. 1217.

Wenn nun aber der erste Creditor der Forderung des dritten, vermöge des obsieglichen Erkenntnisses, nachstehen, und der letztere vor jenem seine Befriedigung aus der Masse erhalten soll; so frägt es sich ferner: ob der erste Creditor nun auch dem zweiten Gläubiger, dem er ohne dessen Widerspruch vorgesetzt war, weichen und nachstehen muß? Nimmt man an, daß durch den Gebrauch der Rechtsmittel des dritten Gläubigers die Rechtskraft des Locationserkenntnisses noch suspendirt geblieben, mithin der erste Creditor auch noch nicht rechtskräftig collocirt gewesen sey; erwägt man ferner, daß derselbe den Vorgang lediglich entweder der vom ersten Richter seiner Hypothek unrichtig beygelegten Beschaffenheit, oder eines daraus irrig abgeleiteten Vorzugsrechtes verdankt, und daß daher diese Eigenschaft seiner Forderung in der zweyten Instanz abgesprochen werden mußte; so scheint freilich, nach hinweggeräumtem Grunde des Vorzugs, der erste Gläubiger, weil er dem dritten nachgehen soll, auch dem zweyten nachstehen und letzterm ebenfalls den Vorrang lassen zu müssen [1]. Da indeß eine jede richterliche Sentenz nur die Rechte der streitenden Theile bestimmt, der zweyte Gläubiger auch die Vorsetzung des ersten gar nicht angefochten, vielmehr das Locationsurtheil für seine Person hat rechtskräftig werden lassen: so würde jenem unstreitig ein wohlerworbenes Recht genommen werden, wenn er nun auch dem zweyten Gläubiger durchaus und mit seiner ganzen Forderung nachstehen sollte. Die mehrmals angeführte Lex „*Claudius Felix*“ setzt überhin ausdrücklich fest, daß ein solches, unter andern gesprochenes, Urtheil einem Dritten weder Schaden bringen noch Vortheil verschaffen dürfe. Das eine oder das andere würde aber hierbey oft eintreten, da der Fall, daß der obsiegende und besiegte Gläubiger gerade gleichviel zu fordern haben sollten, nur höchst selten vorkommen kann.

Dafern

1) Auf diese Art entscheidet die Preußische Proceßordn. v. J. 1781. Th. 2. Tit. 26. §. 137.

Dafern nun aber durch die in der zweiten Instanz erfolgte Sentenz der erste Gläubiger dem dritten nachstehen, der letztere jedoch, vermöge des rechtskräftigen Prioritätsurtheils, dem zweiten den Vorgang lassen muß; dieser aber hinwiederum dem ersten Creditor nicht vorgehen soll, wie ist sodann die Masse, unter diese Gläubiger, zu vertheilen? Gerade diese Frage scheint den Auslegern des Legis *Claudius Felix* die größten Schwierigkeiten gemacht zu haben. Sie lassen sich indeß leicht überwinden, wenn man nur das, in dem erwähnten Gesetze, enthaltene Princip, wonach eine, unter andern Creditoren in der folgenden Instanz gesprochene, Sentenz dem in der Mitte stehenden, nicht beunruhigten, Gläubiger weder Schaden noch Vortheil bringen soll m), gehörig beachtet. Soll daher dieser Zweck des Gesetzes, welcher überhaupt der Rechtsanalogie gemäs ist, völlig erreicht werden; so muß alsdann der sub Nro. 3 collocirte Gläubiger die ganze Summe hinwegnehmen können, womit sein Gegner in Sententia prioritatis sub Nro. 1 classificirt war; mithin nur in so weit in desselben Stelle eintretend angesehen werden, als dessen Forderung sich belief. Reicht aber solche Summe zu seiner Befriedigung nicht hin, so muß derselbe den Rest seiner eigenen Forderung an dem ihm im Locationsurtheile angewiesenen Platze, jedoch vor seinem, ihm in der zweiten Instanz nachgesetzten, Gegner wahrnehmen. Bedarf hingegen der dritte Gläubiger die, seinem Gegner in Hinsicht des sub Nro. 2 collocirten Creditors rechtskräftig zugesicherte, Summe nicht gänzlich, und bleibt folglich ein Ueberschuß; so muß der überwundene Gläubiger solchen,

m) Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit: nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere solet; sed sine praejudicio prioris Sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur. Lex 16. D. cit.

solchen, vor dem sub Nro. 2 classificirten Gläubiger, hinwegnehmen; den Rest seiner übrigen Forderung aber an dem, in der abändernden Sentenz ihm angewiesenen, Platze erwarten und realisiren. Folgte der nachclassificirte unmittelbar auf den ihm vorgesetzten Creditor, welchen er nachgehends durch die Sentenz der zweiten Instanz überwunden hat; oder wären, wenn einer oder mehr unbeunruhigte Gläubiger in der Mitte stehen, die Summen der Forderungen beider streitenden Theile einander völlig gleich; so würde der obsiegende mit seiner ganzen Forderung an die Stelle des besiegten Gläubigers, ohne Nachtheil des creditoris intermedii, eintreten können. Auf diese Weise wird niemals für den dritten, unbeunruhigt gebliebenen, Creditor Schaden oder Gewinn entstehen, jener blos den besiegten Gläubiger treffen, mithin die Absicht und Sanction des Legis „*Claudius Felix*" ohne Schwierigkeit erreicht werden können n). Das höchste Tribunal erwog diese Grundsätze im August 1803, in Sachen Harling c. Brandes, in pto. prioritatis.

n) Man vergl. insonderheit Dabelow a. a. O. §. 310 und 311.

XXXIII. Erörterung.

Von der obrigkeitlichen Bestätigung übernommner Bürgschaften.

Nach der Policeyordnung Herzogs Christian vom Jahr 1618, Kap. 42, sollen die vom Adel, wenn die Bürgschaft über 1000 Rthlr. gehet, nur mit landesherrlichem Consense; die Bürger in den Städten aber nicht anders, als mit Vorwissen und Beliebung des Magistrats, sich gültig verbürgen können. Allein diese Vorschrift ist entweder niemals zur Observanz gekommen, oder doch durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht längst aufgehoben worden o). An sich hebt freilich der bloße Nichtgebrauch die verbindliche Kraft und Gültigkeit eines Gesetzes nicht auf. Wenn indeß gewissen Rechtsgeschäfften in den Gesetzen eine bestimmte Form vorgeschrieben, solche aber dabey entweder seit vielen Jahren gar nicht befolgt, oder doch, durch deren Nichtbeobachtung in oft vorgekommenen Fällen, das Geschäfft selbst niemals entkräftet, oder als unverbindlich angesehen ist; der Gesetzgeber auch diesen Nichtgebrauch, ohne auf die Befolgung des Gesetzes zu dringen, geschehen läßt: so muß eine solche, durch Entwöhnung eingeführte,

o) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 129. Pract. Erörterungen, B. 2. Nro. 54.

führte, neuere Gewohnheit das ältere Gesetz aufheben, und die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers dabey vermuthet werden p). Der Grund, worauf die Vorschrift der Policeyordnung gebauet wird, ist überhin nicht auf alle Bürgschaften anwendbar, und da, wo er eintritt, sind sie schon nach gemeinen Rechten unverbindlich; denn die Absicht des Gesetzgebers war blos darauf gerichtet, daß Niemand beym Trunke, oder durch Hinterlist des Gläubigers, zur Uebernahme einer Bürgschaft verleitet werden sollte. Wo aber solche Umstände nicht eingetreten sind, würde die Stadtobrigkeit ihre Beliebung, ihren Consens, niemals haben versagen können. Es ist übrigens weder aus ältern, noch neuern Zeiten und Acten ein Beyspiel bekannt, daß eine von Bürgern übernommene, sonst gültige Bürgschaft, blos wegen der unterbliebenen obrigkeitlichen Anmeldung und Bestätigung, für nichtig und unverbindlich wäre erklärt worden. Der Zellesche Magistrat hat vielmehr diese, aus der Policeyordnung hergenommne, Einrede der Nichtigkeit, noch im Jahr 1787 in Sachen des Reimeckschen Curatoris, D. Beste, w. den D. Scheele, in pto. debiti ex fidejussione, als ungegründet verworfen, und dieses Erkenntniß ward darauf sowohl von der Justizcanzley, am 16. Jul. 1787, als vom Lüneburg. Senate des Königl. O.A.Gerichts am 20. Oct. desselben Jahres, bestätigt. Auch noch neuerlich hat das höchste Tribunal, im Mai 1801, diese Einwendung, in Sachen des Bürgers Lauenstein w. den Anwald der Kriegscanzley, in pto. Bürgschaft, aus den obigen Rücksichten verworfen.

p) Struben rechtl. Bedenken, Th. 3. S. 242. Eichmann Erklärung des bürgerl. Rechts §. 106. Guilleaume Abhandl. der Rechtslehre von der Gewohnheit, §. 64 und 124.

XXXIV.

XXXIV. Erörterung.

Von den Bürgschaften der Militairpersonen.

In allen Pandectencompendien findet man den Satz: milites ex legis dispositione fidejubere nequeunt, bald ohne, bald mit der Einschränkung: pro conductoribus rerum alienarum, vorgetragen, und sehr viele Rechtsgelehrte erklären überhaupt die Bürgschaften der Soldaten durchgehends für ungültig q). Betrachtet man indeß die römischen Gesetze, welche hiervon reden, genauer, so scheinen die Bürgschaften der Soldaten nicht sowohl überhaupt, vielmehr nur in zwey Fällen untersagt und verboten zu seyn. Kein Soldat sollte nemlich für einen Beklagten das vadimonium r), oder für den Pächter eines Landgutes s) die Bürgschaft übernehmen. In beiden Fällen konnte der-

q) Leyser Spec. §. 23. m. 3 Lauterbach colleg. th. pract. tit. de fidejussor. §. 13. Gewöhnlich werden die Geistlichen den Soldaten hierunter gleichgestellt; aber nach dem hiesigen Gerichtsgebrauche werden auch die Bürgschaften der erstern für gültig und verbindlich erkannt. a Pufendorf Tom. 3. Obs. 77.

r) L. 8. §. 1. qui satisdare coguntur. Glück im Commentar §. 242 und 246.

s) L. 31. C. locati conducti. Der Grund des Verbots wird in diesem

derselbe, durch die übernommne Verpflichtung, sehr leicht persönlich in verwickelte Rechtsverhältnisse, zum Nachtheil des Militairdienstes, kommen, welches sich jedoch von allen andern Bürgschaften, welche wegen eines Darlehns übernommen werden, nicht so schlechthin behaupten läßt. Gesetzt aber, daß man dieses Verbot nicht blos auf die zwey erwähnten Fälle einschränken, sondern auf **alle** Bürgschaften der noch wirklich im Dienst stehenden Soldaten, ohne Unterschied ihres Grades und Ranges, erweitern und anwenden könnte; so bleibt doch immer die Streitfrage zu entscheiden: Ob diese Vorschriften des römischen Rechts noch heut zu Tage anwendbar ist, oder nicht?

Einige Rechtsschriftsteller t) vertheidigen die Anwendbarkeit derselben, weil das römische Recht im Ganzen aufgenommen, und der Grund dieser Gesetze auch unserer jetzigen Militaireinrichtung völlig angemessen sey. Andere u) aber verwerfen deren Anwendung in **der** Hinsicht, weil die römische Militairverfassung von der heutigen sehr verschieden sey, und alle Gesetze der Römer, welche sich auf ihre besondere Civil- oder Kriegseinrichtung gründeten, nicht mit recipirt wären.

Zwischen der römischen und heutigen Kriegs- und Militairverfassung findet sich unleugbar ein auffallender Unterschied x). In

diesem Gesetze und in der leg. 15. C. de re militari angeführt. **Westphal** vom Kauf- Pacht- und Miethcontracte. §. 913.

t) **Schmidt** de fidejussore plane non obligato §. 71. **Höpfner** im Commentar §. 838.

u) **Ayrer** de fidejussore milit §. 10. **Diederich** de fidejussor. p. 40. **Claproths** Rechtswissenschaft Th. 2. §. 240.

x) **Gruter** ad Livium lib. 1. c. 31. de **Ludewig** in disp. de differentiis jur. rom. et germ. in re militari. Hal. 1721.

In Deutschland scheint es von jeher den Soldaten erlaubt gewesen zu seyn, sich für andere zu verbürgen, selbst zum Einlager zu verpflichten y). Nach verschiedenen Wechselverordnungen z) ist es den Militairpersonen, unter gewissen Einschränkungen, sogar verstattet, sich der Wechselstrenge zu unterwerfen, und in keinem Reichsgesetze findet sich ein Verbot, wodurch die übernommnen Bürgschaften der Soldaten, ihres Standes wegen, für unverbindlich und unkräftig erklärt wären. Durch eine übernommne Bürgschaftsverpflichtung kann auch der Dienst an sich nicht leiden; weil nach unserer jetzigen Gerichtsverfassung der Soldat gar nicht verhindert wird, seinen Dienst gehörig wahrzunehmen, wenn er auch wegen der Bürgschaftsübernahme in einen Rechtsstreit verwickelt werden sollte. Selbst der Kredit würde leiden, wenn eine Militairperson, welche, ausser den Diensteinkünften, begütert ist, aus einer geleisteten Bürgschaft nicht verbunden seyn sollte a). Freilich ist ein Soldat oftmals kein guter Bürge. Wenn er aber sonst bemittelt ist und Vermögen besitzt, so kann man billig die Habilität desselben, als Bürge, nicht in Zweifel ziehen.

Nach den Gesetzen der Churbraunschweigischen Lande sind die Bürgschaften der Soldaten nicht verboten. Keine Militairperson darf, wie sich von selbst verstehet, von den Montirungs-Armatur-

y) Ayrer l. c.

z) Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 32. Wolfram Samml. der Herzogl. Braunschweig. Wechselverordnungen S. 15 ff.

a) Nach dem Preussischen Gesetzbuche kann eine jede Militairperson über Einkünfte von Grundstücken und Präbenden, über Zinsen von Kapitalien und andere Hebungen, welche nicht zu den Diensteinkünften gehören, durch Anweisungen und sonst ohne Consens des Cheffs, gültig verfügen. Preussisches Landrecht Th. 1. Tit. XI. §. 688.

maturstücken u. s. w., bey Strafe, etwas verkaufen, versetzen, verpfänden oder vertauschen b). In Absicht der Officiere ist verordnet c): daß deren Besoldung, ohne Königl. Specialbefehl, weder mit Arrest belegt, noch die Execution darin verhänget werden darf; daß die Gläubiger sich aber an dasjenige sollen halten können, was Officiere oder Militairbedienten, ausser ihrem Solde, sonst *in bonis* hätten. In Rücksicht der Unterofficiere und Soldaten ist folgendes bestimmt: macht ein Unterofficier oder Soldat Schulden, so soll er zu deren Bezahlung aus seinem Vermögen angehalten, niemals aber seine Gage dazu genommen werden; hat er kein Vermögen, so soll er zwar wegen seines Leichtsinns und wissentlichen Betrugs, nach Beschaffenheit der Umstände, nachdrücklich bestraft werden, seine Gage aber zu seinem Unterhalte ohne Abzug genießen. d)

Da nun die Militairpersonen, ausser der Gage, über ihr Vermögen und ihre Einkünfte verfügen und gültige Darlehnsverträge darüber schließen können; so leidet die Fähigkeit derselben, sich in Absicht auf ihr eigenes Vermögen zu verbürgen, den angeführten Landesgesetzen zu Folge, gar keinen Zweifel. Das höchste Tribunal erkannte daher im Octobr. 1800, in S. des Gr. v. P. wider Gans: „Da die Verordnungen des römischen Rechts, wonach Soldaten keine Bürgschaften gültig sollen übernehmen können, auf Militairpersonen und Officiere, welche, ausser ihrer Besoldung, begütert und bemittelt sind, keine Anwendung finden, vielmehr deren Bürgschaften allerdings ver-

b) Neue Kriegsartikel für die Braunschweig. Truppen vom 4. May 1790. Cap. 6. Art. 43 ff.

c) Verordnung v. 23. Aug. 1723.

d) Dienstreglement für die sämtl. Hannöverschen Truppen v. J. 1786. Th. 2. Cap. 4. §. 8.

verbindlich sind; als kann dem Suchen auf keine Weise deferirt werden." Auf gleiche Weise ward am 19. Nov. 1800, in Sachen des Lieutenants von Marschalk c. Meierhof, pto. fidejussionis, erkannt.

XXXV. Erörterung.

Ob eine intercedirende Frauensperson, welche zwar allen Einreden, aber dem beneficio SCti Vellejani nicht namentlich entsagt hat, von dieser Rechtswohlthat, wenn sie zur Zeit der Intercession schon hinlängliche Kenntniß davon hatte, Gebrauch machen kann?

Eine Frauensperson darf sich auf den Vellejanischen Rechtsschluß bekanntlich nicht berufen, wenn sie betrügerisch gehandelt und den Gläubiger mit List zu hintergehen gesucht hat e); denn Betrügern helfen die Gesetze nicht. Aus diesem Grunde kann eine Weibsperson, welche vorhin schon einmal belehret worden ist, welche Vorrechte ihr in Absicht einer Bürgschaft zukommen, sich ihrer Verbindlichkeit in keinem Falle unter dem Vorgeben entziehen, daß sie bey der folgenden Intercession nicht besonders belehrt, oder von ihren weiblichen Gerechtsamen nicht abermals unterrichtet sey. Ein solcher Vorwand würde allemal mit der replica doli zurückgewiesen werden können f). Ob aber die betrügerische Absicht derselben schon daraus erhellet, daß sie

e) L. 2. §. 3. L. 30. D. ad SCtum Vellej. L. 5 et 18. C. eod.
f) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 43. §. 3.

sie zur Zeit der Intercession überhaupt Kenntniß g) von ihren weiblichen Gerechtsamen und dem Inhalte des SCti Vellej. gehabt hat? ist nicht ohne Zweifel. Einige Rechtsschriftsteller h) halten die bloße Kenntniß von dem Inhalte und der Würkung des Vellejanischen Rathschlusses dazu nicht hinlänglich, sie erfordern vielmehr, daß die Frauensperson, bey der Ueberzeugung von der Unverbindlichkeit ihrer Bürgschaft, sie dennoch in der Absicht geleistet habe, den Gläubiger zwar zu hintergehen, aber doch damit zum Borgen zu bewegen. Andere i) hingegen glauben, daß die betrügerische Absicht schon daraus hinlänglich erhelle, wenn sie, vor der Intercession, das ihr competirende SCtum Vellejan. und dessen Wirkungen völlig gekannt habe. Freilich dürfte man allen Frauenspersonen, welche ihre weiblichen Rechtswohlthaten kennen, oder welchen die Folgen und Wirkungen der Bürgschaft in vorhergegangenen Fällen gehörig erklärt sind, bey

g) z. B. die intercedirende Frauensperson ist zur Vormünderin ihrer Kinder bestellt gewesen, und es sind ihr bey dieser Gelegenheit ihre weiblichen Rechtswohlthaten gehörig erklärt worden; oder sie hat vorhin intercedirt und dem beneficio SCti Vellej. entsagt, nachdem ihr solches erklärt, und sie von den Folgen und Würkungen einer Bürgschaft zuvor hinlänglich unterrichtet worden ist.

h) Hellfeld in comment. de intercessione mulierum et SCto Vellejano (in opusc. p. 297.) schreibt §. 18.: Mulier enim, quae sciens se non teneri, animo suum promissum non adimplendi intercedit, animo alteri damnum inferendi sicque dolo non caret. Und Ludovici sagt in doctrina pandect. Lib. 16. tit. 1. §. 5.: cessat SCtum, si mulier scit, se non teneri et tamen intercedit animo decipiendi. Vergl. von Quistorp rechtl. Bemerk. Th. 1. Nro. 3.

i) Leyser Spec. 169. m. 7. Stryk de cautel. contract. Sect. 2. c. 6. §. 13. Brunnemann in Comment. ad leg. 30. D. SCti Vellej.

bey jeder nachfolgenden Intercession, wohl schwerlich durchgehends eine bösliche betrügerische Absicht beymessen können; zumal die allgemeine Vermuthung wider jeden Dolus streitet. Sehr oft lassen sie sich, ohne alle bösliche Absicht, aus einer natürlichen Gutmüthigkeit und Nachgiebigkeit, um Jemandem zu dienen und im Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptschuldners, ohne eine wirkliche Aufopferung ihres Vermögens zu besorgen, zu einer Intercession bewegen k). Aber in den meisten Fällen übernehmen sie doch die Bürgschaft mehr aus andern Rücksichten, als bloßer Gefälligkeit, und von einer Frauensperson, welche ihre weiblichen Gerechtsame, in Absicht der Bürgschaft für Fremde, aus vorhergegangenen Fällen durch Belehrung l) kennet, und sich dennoch für Jemanden wieder verbürgt, kann man in der Regel nicht annehmen, daß sie lediglich aus natürlicher Gutmüthigkeit, oder weiblicher Nachgiebigkeit, intercedirt hat. Dem Gläubiger würde es aber sehr schwer fallen, ausser dem Beweise der vorhergehabten Kenntniß ihrer weiblichen Rechte, auch zugleich noch die, bey der Uebernahme der Bürgschaft wirklich gehegte, betrügerische Absicht derselben zu zeigen. Die Gesetze m) nehmen daher an, daß die Frauensperson sodann eine betrügerische Absicht gehegt habe, wenn sie von dem Inhalte und der Würkung des SCti Vellej. zuvor Kenntniß gehabt, und dennoch intercedirt hat. Kann also der Gläubiger die vorher gehabte Wissenschaft des inter-

k) Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen, Nro. 3.
*) Meister pract. Bemerkungen aus dem Civil- und Criminalrechte B. 2. Seite 55.
l) Si decipiendi animo, vel cum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. L. 30 pr. ad SCt. Vellej.
m) Gmelin von Aufsätzen über Verträge S. 36.

intercedirenden Frauenzimmers von dem Inhalte dieser Rechtswohlthat erweisen; so fällt die Exception des SCti Vellej. ganz hinweg, wenn sie gleich bey Uebernahme der Bürgschaft keine dolose Absicht gehabt, oder dieser Rechtswohlthat nicht namentlich entsagt haben sollte. Denn wollte sie nachmals noch hinter dieser, ihr vor der Intercession längst bekannt gewesenen, Einrede Schutz suchen, so würde ihre Absicht, den Gläubiger zu einem gefährlichen Creditgeben vermocht zu haben, um den Hauptschuldner von seinen lästigen oder ungestümen Creditoren zu befreyen, nicht wohl zu verkennen seyn. Hat sie aber allen, einem Bürgen zustehenden, Ausflüchten noch besonders entsagt, alsdann ist unter dem allgemeinen Verzichte auch die exceptio SCti Vellej. mit begriffen; weil man hier, wider die sonstige Regel n), annehmen muß, daß sie an diese, wenn gleich nicht genannte, Einrede gar wohl gedacht haben wird, da sie eine Unbekanntschaft mit derselben nicht vorschützen kann. Es ist daher eine jede Frauensperson, die vor der Bürgschaftsübernahme ihre weiblichen Gerechtsame hinlänglich kannte, aus derselben verbunden; wenn sie nicht etwa zu zeigen vermag, daß lediglich die hinterlistigen Sollicitationen des Gläubigers ihre Intercession veranlaßt und bewirkt haben n).

n) In Absicht der Ehefrauen behaupten viele Schriftsteller, daß es nicht hinreichend sey, sie in andern Fällen für die Schuld ihres Ehemannes zu verbinden, wenn sie gleich aus vorhergegangenen Fällen die Folgen und Wirkungen der Bürgschaften für ihren Ehemann, durch Belehrung, erfahren und gekannt habe. Diese Meinung scheint in der Auth. Si qua mulier C. ad SCtum Vellej. selbst ihren Grund zu haben, wo es heißt: hoc nullatenus valere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat. Leyser Sp. 171. m. 3. Gmelin a. a. O. S. 190. Preussisches Landrecht Th. I. Tit. 14. §. 238. Das Gegentheil vertheidigt a Pufendorf Tom. I. Obs. 43.

XXXVI. Erörterung.

Ein Beyspiel, wo dem beneficio excussionis stillschweigend entsagt ist.

In einer Bürgschaftsurkunde hieß es: „ich verbürge mich sub hypotheca bonorum als Selbstschuldner, die vorgeliehene Summe von 75 Rthlr. an den Herleiher auszuzahlen, wenn der Hauptschuldner, von dato in einem Jahre, obiges Capital sammt Zinsen nicht berichtigt, so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort."

Ob durch diese Worte dem Gebrauche des beneficii ordinis entsagt sey? ward bestritten. Daß der Rechtswohlthat der Excussion sowohl ausdrücklich, als stillschweigend entsagt werden kann, ist eine ganz bekannte Sache o). Aber weder aus dem eidlichen Versprechen eines Bürgen allein p), noch

o) Schmidt de fidejussore principaliter obligato §. 30 seqq. In wie fern eine allgemeine Entsagung aller, einem Bürgen zustehenden, Rechtswohlthaten hinlänglich sey, darüber s. m. a Pufendorf Tom. 2. Obs. 43.

p) Schmidt l. c. §. 66. Overbeck Medidat. für Rechtsgel. Nro. 144.

noch aus der Zusage, als Selbstschuldner q) bezahlen zu wollen, kann mit Grunde eine solche stillschweigende Entsagung gefolgert werden; weil durch dergleichen Versprechungen die wahre Natur des Bürgschaftsgeschäfftes nicht verändert, und selbst einem Correus das beneficium excussionis zugestanden wird. Dahingegen liegt in der Zusage eines Bürgen, daß er die Schuld alsdann bezahlen wolle, wenn der Hauptschuldner sie binnen einer gewissen Zeit nicht tilgen würde, allerdings ein stillschweigender Verzicht auf die Rechtswohlthat der Excussion. Durch ein solches Versprechen erklärt der Bürge, dem Gläubiger völlige Sicherheit geben zu wollen, falls der Hauptschuldner, in der bestimmten Frist, seine Zahlungsverbindlichkeit nicht erfüllen sollte; er übernimmt mithin, nach Ablauf dieser Zeit, die Hauptverbindlichkeit desselben, und verleitet durch diese Zusage den Gläubiger zur fernern Creditgebung. Tritt also die Bedingung wirklich ein, unter welcher der Bürge sein Versprechen gab, so ist er auch verbunden, dasselbe zu erfüllen r); zumal es bey dergleichen Verträgen ebenfalls mehr auf die eigentliche Absicht der Contrahenten, als auf Formalitäten ankommt s). Das höchste Tribunal nahm daher am 21. Apr. 1803, in Sachen Dürand w. Salomon Michael David, an, daß in dem Versprechen eines Bürgen, nach Ablauf einer bestimmten Zeit zahlen zu wollen, wenn der Hauptschuldner während solcher nicht bezahlen würde, eine stillschweigende Entsagung des beneficii excussionis anzutreffen sey.

q) Madihn princ. jur. rom. §. 278. Stryk de cautel. contract. Sect. 2. c. 6. §. 22. Schmidt l. c. §. 32. Das Gegentheil vertheidigt Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 40.

r) L. 16. D. de fidejussoribus. Schmidt l. c. §. 62. Vergl. Overbeck Medidat. Nro. 247.

s) pract. Erörterungen B. 3. Nro. 13.

XXXVII.

XXXVII. Erörterung.

Von Arresten.

Der Arrestproceß, da er gewissermaßen mit der Execution anfängt, tritt bekanntlich, als Ausnahme von der Regel, nur in einigen Fällen ein t). Die Ursachen, wegen welcher eine Arrestverfügung nachgesucht werden kann, sind in unsern Proceßordnungen u) bestimmt angegeben. Allein ausser den darin benannten speciellen Fällen, caussae arresti, ist derselbe, nach seinem Zwecke, auch alsdann stattnehmig und zulässig, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, und Jemand die gegründete Besorgniß hat, daß er, im Falle dem Schuldner die freie Disposition über das Object des Arrestes verbliebe, entweder seinen Anspruch, sein Recht, ganz verlieren, oder wenigstens befürchten muß, daß dessen Verfolgung ihm erschweret werden könnte x). Die Tribunalsordnung bestätigt diesen Grundsatz, indem §. 1 derselben folgendes verordnet wird: „Wären auch sonst solche wichtige Umstände vorhanden, daß der Arrest zu verhän-

t) Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 74.

u) Oberappellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 16. Calenb. Canzley-Ordn. Tit. 37. Calenb. Hofger.-Ordn. Tit. 77. Cellische Hofger.-Ordn. Th. 3. Tit. 3.

x) Pufendorf in proc. civ. Brunsv. Luneb. pag. 820.

hängen nöthig, so mag unser Oberappellationsgericht, auf der Partheyen Anhalten, solche Arreste auf die Personen und Güter anlegen." Ferner heißt es im §. 2 in Hinsicht auf das Daseyn eines rechtsbegründeten Anspruchs: „Wäre denn der casus dubius, oder es wären die narrata nicht genugsam beygebracht, gleichwohl aber den Arrest abzuschlagen bedenklich, indem der suchende Theil hernach zu dem Seinen nicht, oder doch nicht ohne große Beschwerde und Weitläuftigkeit gelangen könnte*), oder es wäre periculum in mora vorhanden, so soll der Arrest verhänget werden."

Wird der Arrest aus einer solchen bescheinigten Ursach nachgesucht, welche in den Proceßordnungen zu dessen Begründung namentlich aufgeführt ist, so kann der Richter, unter der Voraussetzung eines gegründeten Anspruchs des Imploranten, denselben sogleich, ohne vorgängige Caution, erkennen. Wird hin-

*) Der Umstand, daß man einen Fremden bey dessen ordentlicher Obrigkeit nicht ohne Beschwerde und Weitläuftigkeit belangen könne, enthält in der Regel überall keine gerechte Arresturſache, und nur in dem Falle wird es den Landeseinwohnern verstattet, gegen Fremde einen Arrest nachzusuchen, wenn der leztern ordentliche Obrigkeit den erstern die Rechtshülfe mehrmals verweigert haben sollte. Ein Fremder darf aber die Forderung, welche ein Auswärtiger an einen hiesigen Landeseinwohner hat, nicht unter dem Vorwande mit Arrest bestricken, daß es beschwerlich und weitläuftig sey, den Anspruch in dessen ordentlichem Gerichtsstande geltend zu machen; weil sonst die Unterthanen eines fremden Gebietes nach Willkühr ihres ordentlichen Gerichtsstandes widerrechtlich beraubt, und vor einem fremden, sonst incompetenten, Richter gezogen werden könnten. Das höchste Tribunal hob daher am 10. Jan. 1803 einen solchen, widerrechtlich erkannten, Arrest in Sachen Witthase c. Geller wiederum auf.

hingegen eine Arrestverfügung darum erbeten, damit dem Imploranten die Verfolgung seines Rechts oder Anspruchs nicht vereitelt oder erschweret werde; oder der Kläger kann die Rechtmäßigkeit seines Anspruchs nicht sogleich überzeugend bescheinigen y); so darf der Richter, nach der Vorschrift der Tribunalsordnung §. 2, den Arrest nicht eher verhängen, bis der Implorant hinlängliche Sicherheit gemacht hat, das Gericht und den Imploraten zu entschädigen z), wenn der Unfug des Arrestes, oder der Mangel aller Rechtsgründe zu einer solchen Verfügung etwa sollte gezeigt werden können; und hiernach hat auch das Oberappellations-Gericht am 14. Jul. 1802 gesprochen, in Sachen Cörner von Cornburg w. von Storre.

In der Regel setzt der Arrestproceß stets Ansprüche voraus, die noch bestritten werden können, zu deren Sicherheit und künftigen Realisirung, wenn sie liquide gemacht sind, der Richter das Dispositionsrecht des Imploraten, über dessen Person oder Vermögen, einstweilig einschränkt. So lange also die Anforderungen des Imploranten noch nicht unbestritten sind, kann er die Arrestverhängung, in den angeführten Fällen, nur unter einer beschafften hinlänglichen Sicherheit fordern; der Implorat aber solche durch die Bestellung einer, die Ansprüche seines Gegners völlig sichernden, Caution abwenden, oder die Aufhebung des bereits angelegten Arrestes damit bewirken. Ist hingegen die Forderung ganz unbestritten, oder soll der Arrest zur Vollstreckung

y) Die Existenz oder Rechtmäßigkeit des Anspruchs muß der Implorant bescheinigen; aber den Betrag oder die Summe desselben sofort liquide zu machen, ist bey dem Arrestgesuche nicht erforderlich. Danz Grundsätze der summar. Processe §. 53.

z) Eine solche cautio de indemnisando ist aber nicht nach der Größe der Forderung selbst, sondern nur nach dem Schaden abzumessen, welchen der Implorat, nach den jedesmaligen Umständen, durch die Arrestverfügung etwa mit Grunde erleiden könnte.

streckung rechtskräftiger Erkenntnisse gereichen, so ist die Verfügung desselben als ein wahres Executionsmittel zu betrachten, welches in der Regel durch keine Cautionsleistung des Imploraten gehoben werden kann a). Wie und auf welche Weise übrigens die Caution zu bestellen, und ob die angebotene hinlänglich ist? hat der Richter, wenn sich die Parteyen darüber nicht vereinigen, zu bestimmen und sein Ermessen so einzurichten, daß der Implorant wegen seines Anspruchs möglichst gesichert; der Implorat aber mit unnöthiger oder überflüssiger Caution nicht beschwert wird. Ueberschreitet derselbe hierbey die Grenzen seines richterlichen Ermessens, und bestimmt er die Cautionssumme, nach dem vorliegenden Interesse, offenbar zu hoch oder zu geringe, mithin zur Ungebühr: so kann man sich wegen einer solchen Verfügung eben so wohl beschwerend an den nächsten Oberrichter wenden, als wenn der Unterrichter, bey hinlänglich bestellter Sicherheit, den angelegten Arrest nicht aufheben, oder denselben, nach dargelegtem Ungrunde der untergelegten Arresturſache, oder des Anspruchs selbst, dennoch verhängen, fortdauern lassen, oder den Imploraten mit überflüssiger und unnützer Caution beschweren wollte. b)

Die Frage: ob die Verhängung eines Arrestes einen eigenen Gerichtsstand für die Hauptsache oder in Absicht des Objects begründe, weshalb derselbe erkannt ist? wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet. Einige c) verneinen sie deßhalb, weil jeder Arrest blos Sicherheit bezwecke, die Hauptsache nur vorbereite und es überhaupt im Arrestprocesse allein auf die Frage ankomme: ob der Arrest mit Recht angelegt sey oder nicht? Ist

a) Oberappellat.=Ger.=Ordn. a. a. O. §. 4. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 135.

b) Oberappellat.=Ger.=Ordn. a. a. O. §. 5 und 6.

c) Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. B. 88. Martin Lehrb. des gemeinen Processes §. 261.

Ist der Proceß über die Hauptsache bey einem Gerichte anhängig und es wird zur Sicherung derselben bey einem andern Richter der Arrest gebeten und verfügt; so kann diese Sicherheitsverfügung den Gang des bereits anderwärts anhängigen Processes nicht stöhren, mithin auch die Gerichtsbarkeit des Arrestrichters nicht begründen d). Ist hingegen die Hauptsache noch nicht anhängig gemacht, so scheint die Meinung der Rechtsschriftsteller e), welche die Frage bejahen, mehr Beyfall zu verdienen. Wenn der Implorant einen gerechten Grund zur Anlegung des Arrestes dargelegt und seinen Anspruch einigermaßen bescheinigt, oder deßhalb gehörige Sicherheit geleistet hat, so hört eigentlich das summarische Verfahren im Arrestprocesse mit der wirklichen Anlegung des Arrestes auf f). Alsdann kommt es zur Prosecution oder Rechtfertigung desselben. Dabey muß der Implorant, neben der rechtmäßigen Ursache zum Arreste, auch den Rechtsgrund seines Anspruchs zeigen und also in der Hauptsache, wenn es bey dem Arrestgesuche nicht etwa schon geschehen ist, eine der Natur des Anspruchs angemessene Klage einbringen. Kann nun der Implorat die Widerrechtlichkeit des verfügten Arrestes, oder den Mangel einer gerechten Ursache zu dieser Verfügung, nicht darthun g); so muß er sich im Justificationstermine, mündlich oder schriftlich, auf den angeführten Klagegrund selbst einlassen und seine Einreden gegen die Forderung, oder in der

 Haupt-

d) Grolman a. a. O. §. 242.

e) Claproth summar. Processe §. 118. Hofacker princ. jur. civ. Tom. 3. §. 4242.

f) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 91.

g) Sobald der Implorat zeigt, daß der Arrest widerrechtlich, d. i. ohne gerechte Ursache erkannt ist, so muß derselbe sofort relaxirt werden, und alsdann verstehet es sich von selbst, daß der Implorat, in Absicht auf die Hauptsache, sich gar nicht einzulassen nöthig hat; weil sodann die Competenz des Arrestrichters, wenn er nicht zugleich der zuständige Richter des Imploraten wegen der Hauptsache ist, von selbst aufhört.

Hauptsache, einbringen. Dadurch entspringt also eine Litispendenz und Prorogation der Gerichtsbarkeit. Sollte nun der Implorant, der seine Forderung selbst klar gemacht und damit, weil der Implorat seine Einwendungen nicht erweisen konnte, die Bestätigung des angelegten Arrestes bewürkt hat, in der Hauptsache an den Richter, unter welchem der Implorat sonst stehet, verwiesen werden; so müßte er ja dieselbe Sache vor zwey Gerichten verhandeln, und es wäre möglich, daß er die in foro aresti gewonnene Sache, in foro domicilii des Imploraten, oder dessen sonst zuständigem Gerichtsstande, wieder verliehren könnte. Man würde sodann in Verlegenheit kommen, welches Erkenntniß gelten sollte. Dies dürfte aber die Rechtshülfe sehr erschweren, größere Kosten veranlassen und um so weniger zulässig seyn, weil der sonst competente Richter des Imploraten dadurch gewissermaßen zum judice superiori des Arrestrichters erhoben werden würde. Es scheint also, daß der Implorat, wenn der Arrest an sich rechtmäßig impetrirt und die Hauptsache vorhin noch nicht bey einem andern Gerichte anhängig gemacht ist, sich der Verbindlichkeit nicht entziehen kann, in foro aresti Recht zu geben und zu nehmen. Diese Meinung scheint übrigens auch durch die Oberappellations-Gerichtsordnung a. a. O. §. 4. bestärkt werden zu können, woselbst es heißt: „Wenn der arrestatus eine solche Caution, wowider der Impetrant nichts erhebliches einzuwenden, wirklich beybrächte und leistete, sollen die Arreste relaxirt und die Parteyen zum ordentlichen Recht verwiesen werden"; wenigstens erklärt einer unserer vorzüglichsten vaterländischen Schriftsteller, der ältere Pufendorf h), die letztern Worte dahin: daß durch den rechtmäßig angelegten Arrest das den Arrestbefehl ertheilende Gericht, in Absicht des Gegenstandes, um welches willen derselbe verhängt wurde, der zuständige Gerichtsstand des Arrestaten werde.

h) in proc. civ. Br. Luneb. cap. 6. Sect. 1. §. 21. p. 825. M. s. auch a Pufendorf Tom. 2. Obs. 91.

XXXVIII.

XXXVIII. Erörterung.

Von der Verjährung in Schuldsachen aus klaren Briefen und Siegeln.

Verschiedene Rechtsgelehrte wollen in Schuldsachen gar keine Verjährung zulassen i). Man hält sie für unbillig und, weil der Schuldner nicht in bona fide seyn könne, selbst für gesetzwidrig und unzulässig. Genau betrachtet ist sie aber beydes nicht. Zwar erwächst schon daraus eine mala fides, wenn Jemand weiß, daß er einem etwas schuldig ist und es nicht bezahlt. Aber sollte bey dem Gläubiger nicht ebenfalls ein böser Glaube eintreten können? Wer nach vielen Jahren, wenn sein Gegner die Beweise vielleicht längst verloren hat, von einer Handschrift Gebrauch macht; wer seit langen Jahren, ohne eine besondere Veranlassung zu zeigen, eine Schuld nicht eingefordert hat, sollte dessen Saumseligkeit und Nachlässigkeit niemals auf malam fidem schließen lassen? Wie oft läßt nicht ein Schuldner seinem Gläubiger, im Vertrauen auf

i) Fresenius über die Verjährung in Schuldsachen, in Dess. Medit. für Rechtsgelehrte, Nro. 2. — In Chursachsen ist durch ein sogenanntes Generale vom 14. Dec. 1801 bestimmt, wie es mit der Verjährung der, auf Kündigung gestellten Schuldforderungen gehalten werden soll. Abgedruckt in der Nationalzeitung. Jahr 1802. St. 10.

auf dessen Rechtschaffenheit und Redlichkeit, die Documente in Händen, und wie mancher Gläubiger behält solche unter dem wahren oder falschen Vorgeben zurück, daß er sie nicht zur Hand habe, daß er sie nachsenden, cassiren wolle u. s. f., welches aber nachgehends nicht geschiehet und in Vergessenheit kömmt.

Als ausgemacht kann man es annehmen, daß bey der extinctiven Verjährung der Personal-, sonderlich auch der Schuldklagen bona fides erforderlich ist k). Diesen guten Glauben will man aber darum niemals bey einem Schuldner antreffen, weil ihm seine Zahlungsverbindlichkeit bekannt gewesen sey, oder doch bekannt seyn müßte. Richtig ist dieser Grund allerdings. Allein es bleibt doch immer die Frage davon ganz verschieden: ob die bona fides eines Schuldners, wenn der Gläubiger es seit langen Jahren unterlassen hat, die Schuld einzufordern, aus diesem langen Zeitverlaufe nicht dergestalt zu vermuthen sey, daß der letztere die malam fidem des Schuldners, worein er z. E. durch die Interpellation oder Mahnung versetzt worden ist, zu erweisen und darzuthun habe? Für welchen Theil die stärksten Vermuthungen streiten, solches hat man, in jedem besondern Falle, aus den vorhandenen Thatumständen zu entwickeln und zu beurtheilen. Vielleicht dürfte aber hierbey in den meisten Fällen folgende allgemeine Regel zu beachten und aufzustellen seyn: Wenn, wie allezeit vorauszusetzen ist, der Gläubiger den Grund seiner Forderung gehörig documentirt hat; der Schuldner aber, oder dessen Erben, gar keine hinlänglichen Vermuthungen, daß die Schuld getilgt sey, zeigen und beybringen können; alsdann wird die Schuldklage, selbst durch den Ablauf der längsten Verjährungszeit, nicht entkräftet. Wenn hingegen der Schuldner oder dessen Erben genug-

k) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 115. Tom. 2. Obs. 194. Overbecks Medit. für Rechtsgelehrte B. 1. Nro. 13. Thibaut über Besitz und Verjährung S. 82.

genugsame Vermuthungen, daß die Schuld bezahlt und ihre Verbindlichkeit aufgelöst sey, wirklich zeigen l): so ist entweder die längste Verjährungszeit, von der in der Handschrift bestimmten Zahlungsfrist bis zur Zeit der erhobenen Klage gerechnet, bereits verstrichen; oder sie ist noch nicht abgelaufen. In diesem letztern Falle wird die conjecturirte Zahlung durch einen Zeitverlauf von fast 30 Jahren dergestalt bestärkt, daß die Klage so lange für elidirt zu halten ist, bis der Gläubiger malam fidem des Schuldners, z. B. die geschehene Mahnung, dargethan, oder auf andere Art erwiesen hat, daß die Schuld noch nicht getilgt sey m). Denn obgleich die conjecturirte Bezahlung eine Schuldklage nicht völlig aufhebt, sondern nur bewürkt, daß dem Gläubiger, zur Elision derselben, ein Beweis auferlegt wird; so muß doch, wenn ein Zeitablauf von so vielen Jahren hinzukommt, bona fides auf Seiten des Schuldners, besonders dessen Erben, selbst nach dem canonischen Rechte, so lange billig vermuthet und vorausgesetzt werden, bis der Gläubiger eine malam fidem des Schuldners, welche denn auch unstreitig dessen Erben entgegenstehen würde, gezeigt hat n). Im erstern Falle hingegen, wenn von

l) Welche Thatumstände die rechtliche Vermuthung getilgter Schuld begründe? hat der Richter zu erwägen und zu bestimmen. Es untersuchen solche: Menoch de praesumtion. Lib. 2. pr. 91. n. 7. et Lib 3. pr. 135, ferner: Harprecht in dissertt. de solutione conjecturata und different. inter solutionem conjecturat. et praescript.

m) So entstehet auch z. B. ex cancellatione chirographi, die praesumtio liberationis; allein das Gesetz fügt hinzu: in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur. L. 24 D. de probat.

n) Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 53.

von der in der Handschrift bestimmten Zahlungsfrist bis zur Zeit der angestellten Klage bereits über 30 Jahre verflossen und in Verbindung mit diesem Zeitverlaufe hinlängliche Vermuthungen getilgter Schuld gezeigt sind; so muß bey dem angeblichen Schuldner bona fides nicht nur vermuthet, sondern auch, wenn überall keine den Lauf der Verjährung unterbrechende Interpellation vom Gläubiger erwiesen ist, die angebrachte Schuldklage für erloschen geachtet und der Schuldner davon völlig entbunden werden. Nach diesen Grundsätzen hat auch die Zellesche Justizcanzley in Sachen des Peterschen Curatoris Dr. Hotze w. von Veltheim, pto. debiti, im Nov. 1797 dahin gesprochen: Nachdem — die aus der — Handschrift hergeleitete Personalklage, nach Verlauf eines mehr als 30jährigen Zeitraums, wohlerwogen, sonderlich obbemerkte Präsumtionen gänzlich getilgter Schuld, in Verbindung mit des Gläubigers langem Stillschweigen, vom Beklagten und dessen Erblasser alle widrige Vermuthung einer malae fidei entfernen und eine durch Interpellation des weyl. G. M. v. V., oder, nach dessen Tode, des Beklagten, oder der für ihn bestellten Vormünderin, bewürkte Unterbrechung der Verjährung überall nicht dargethan, gänzlich erloschen ist; daß daher Beklagter von der angestellten Klage zu entbinden und loszusprechen sey.

XXXIX. Erörterung.

Der Verkäufer einer Obligation haftet nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

Die Holländisch-Ostindische Compagnie eröffnete im Jahr 1791, unter Auctorität der ehemaligen Staaten von Holland und Westfriesland, eine große Anleihe. Alle von derselben ausgestellten Obligationen, worin der Name des ersten Gläubigers nicht ausdrücklich bemerkt war, wurden als commerzable o), zum Kauf und Verkauf dienende, Creditpapiere betrachtet, deren bloßer Besitz hinreichte, den Inhaber zu legitimiren, ohne daß es einer besondern Cession an denselben bedurfte. Eine Kündigung des Capitals, von Seiten des Besitzers einer solchen Schuldverschreibung, ward dabey nicht gestattet, sondern das Loos bestimmte jährlich die Nummern, von welchen das Capital mit einer Prämie von funfzig Gulden zurückbezahlt werden sollte. Die Zinsen wurden jährlich, gegen Rücklieferung der darüber-ausgefertigten, jedem Inhaber der Obligation behändigten Coupons, so wie das Capital

o) Der commerzable Werth einer ausgelooseten Obligation richtete sich nach dem jedesmaligen Course. Im December 1794 z. B. galt eine solche Obligation von 1000 Fl., 620 — 640 Fl. und stand mithin nur 62 bis 64 Procent.

pital einer ausgelooseten Verschreibung, nebst der damit verbundene Prämie, gegen Zurückgabe derselben in dem Bureau der Cammer zu Amsterdam bezahlt. Um aber das Capital, die Zinsen und Prämie zu empfangen, war es eine mit dem Eigenthume des Capitals verknüpfte Last, die Gelder an Ort und Stelle entweder selbst einzuziehen, oder durch Andere erheben zu lassen. Letzteres geschahe auf eine gedoppelte, von der Willkühr des Eigenthümers lediglich dependirende Weise, nämlich: entweder auf Rechnung oder auf Accord. Im ersten Falle mußte der Eigenthümer dem Kaufmanne, Banquier, oder Juden, welche die Einziehung der Gelder besorgten, die in dergleichen Geschäften gewöhnliche Provision zahlen, wogegen sie verbunden waren, die Einziehungskosten, welche gemeiniglich durch den Wechsel- und Geldcours bestimmt wurden, zu berechnen und wobey mithin der Eigenthümer den Gewinn oder Verlust der Veränderlichkeit des einen oder andern Courses selbst zog oder erlitt. Im zweiten Falle hingegen traf das Risico des Geld- und Wechselcourses Den, der die Einziehung der Gelder übernommen hatte, Provision und Kosten waren in dem Accorde mit begriffen, und der vorige Eigenthümer der Papiere erwartete dafür die accordirte Summe ohne allen Abzug und weitere Berechnung. Dieses war die gewöhnliche Handelsweise bey diesen Geldgeschäften.

Im Jahr 1794 überließ der Regiments-Chirurgus Cortenumme eine ausgelooste holländische Obligation nebst Coupons dem Banquier Cohen zur Einziehung auf eigene Rechnung, ohne alle weitere Einschränkung und Bedingung; accordirte dafür die Summe von 783 Rthlr. Ld'or, und nahm solche, gegen Auslieferung der zur Erhebung der Gelder nöthigen Original-Papiere, von letzterm in Empfang. Der Banquier Cohen schickte dieselben einige Zeit darauf nach Amsterdam, um deren Werth zu realisiren; aber die Gelder wurden nicht ausbezahlt, weil die Ostindische Cammer, wegen der im Jahr 1795 eingetretenen Kriegsvorfälle, die Zahlung dieser Art Gelder auf unbestimmte

Zeit

Zeit eingestellt hatte. Die Papiere wurden daher an den Absender remittirt, und derselbe forderte nun das dafür bezahlte Geld nebst Zinsen, gegen Zurückgabe der Papiere, von dem vorigen Besitzer derselben gerichtlich zurück, wozu sich jedoch der letztere nicht schuldig erachtete.

Hätte bey diesem Handel ein bloßes Mandats- oder Assignationsgeschäft zum Grunde gelegen, oder wäre eine gleich zahlbare Schuldforderung der Gegenstand desselben; mithin die Verabredung der Contrahenten dahin gerichtet gewesen, daß diese Papiere die Stelle des baaren Geldes vertreten, gleichsam baares Geld gegen einander umgesetzt und die Zahlung in Amsterdam wirklich erfolgen solle; so würde der Handel, wenn diese verabredete Eigenschaft oder Bedingung nicht realisirt werden konnte, als nicht-existirend zu betrachten und der vorige Eigenthümer zur Herausgabe der empfangenen Geldsumme allerdings verbunden gewesen seyn p). Zur Zeit des geschlossenen Contractes wurden freilich diese holländischen Staatspapiere, wie baares Geld, etwa wie englische Banknoten, sächsische Steuerscheine, Kaiserliche, Russische, Dänische und andere Actienscheine und Staatspapiere, oder wie sichere Wechsel angesehen, die, als baares Geld, aus einer Hand in die andere gingen. Es fand dabey, wie bey andern privat-, oder gewöhnlichen öffentlichen Cassen-Verschreibungen, keine Kündigung Statt, und der bloße Besitz der Original-Obligation und Coupons war, ohne alle weitere Cession und Legitimation, zur Empfangnahme des ausgelooseten Capitals und der Zinsen hinlänglich. Aber alle diese Umstände konnten die Natur des bey dem obigen Handel selbst zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes und der darauf anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften nicht verändern. Die Parteyen hatten über die holländische

p) arg. leg. 57. D. de contrah. emt. vend. Glück im Commentar §. 297.

dische Obligation einen wahren Kauf- und Verkaufscontract geschlossen. Nach den Grundsätzen dieses Contractes gehet die Gefahr, sobald derselbe zur Vollkommenheit gediehen ist, bekanntlich sofort auf den Käufer in der Regel über, und die Gesetze q) bestimmen ausdrücklich, daß der Verkäufer einer Verschreibung zwar für die Richtigkeit der verkauften Forderung, aber nicht auch zugleich für die Zahlungsfähigkeit und guten Vermögensumstände des Schuldners, wenn er sich deshalb nicht besonders verbindlich gemacht, oder sonst einen dolus bewiesen hat, einstehen solle. Die Perfection des Contracts war hier ausser Zweifel; zur Zeit des geschlossenen Handels hielt man die Ostindische Compagnie für zahlungsfähig, und man wußte damals von der beliebten Einstellung der Zahlung noch gar nichts. Da übrigens dieser Umstand weder die Natur des Vertrages, noch die Verabredung der Parteyen, an sich selbst veränderte; so konnte der Kläger auch von einer Beziehung auf die Clausel „*rebus sic stantibus*" r) keinen glücklichen Erfolg hoffen. Das höchste Tribunal erkannte daher am 27. Sept. 1800 in Sachen Cortenumme w. Cohen: Da nach Vorschrift der Gesetze der Appellant für die Bonität der dem Appellaten verkauften Obligation und Coupons einzustehen nicht schuldig, und daß hierunter ein anderes und Appellant eine solche Verpflichtung zu übernehmen habe, bey dem Verkaufe verabredet sey, überall nicht gezeiget worden, so ist — Appellant von der wider ihn erhobenen Klage zu entbinden und loszusprechen.

q) L. 4. D. de heredit. vel act. vend. L. 74. §. 3. D. de evict. Westpfahl vom Kaufcontracte §. 832.

r) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 90. Höpfner im Commentar §. 1010.

XL. Erörterung.

Bey der Anwendung des Anastasianischen Gesetzes kommt es nicht darauf an, daß der Käufer oder Cessionar den Verkäufer, oder Cedenten, zur Convention verleitet habe, und die abgetretene Forderung zweifelhaft sey.

Bekanntlich verordnete der Kaiser Anastasius Decorus, daß der Käufer einer fremden Klage, oder Schuldforderung, nicht mehr von dem Schuldner solle einklagen können, als was er selbst, mit Anrechnung der Zinsen seines Capitals, wirklich dafür gegeben habe s). Von dieser, den Wucher und die Proceßkrämerey hemmenden, Verordnung hat derselbe verschiedene Fälle ausgenommen, wo die cessio actionis minori pretio zulässig seyn soll t). Dabey

s) L. 22. C. mandati. Thibaut System des Pandectenrechts §. 63.

t) Justinian, der dies Gesetz in der leg. 23. C. eod. das gerechteste und menschenfreundlichste nennt, gab demselben noch eine größere Ausdehnung, und verwarf zumtheil die, vom Anastasian bestimmten, Ausnahmen. In der Praxis ist aber dessen Extension nicht angenommen; weil die L. 24. C. mandati in den ältern codicibus fehlte, und erst vom Cuiaz aus den Basilicis wieder hergestellt wurde. Bach de lege Anastasiana §. 6.

Dabey sind aber die Rechtsgelehrten, wenn sie gleich nicht alle so weit als Jensius u) und Thomasius x) in ihren Behauptungen gehen, keinesweges stehen geblieben, und manche y) stellen Grundsätze auf, wodurch der Gebrauch und die Anwendung des Gesetzes, wenn sie gegründet wären, wo nicht fast ganz aufgehoben, doch gar sehr eingeschränkt werden würde. Insonderheit halten mehrere praktische Juristen z) nur dann erst das Anastasianische Gesetz anwendbar, wenn der Käufer den Verkäufer aus gewinnsüchtigen Absichten, auf eine zudringliche Weise und um die Lage des Schuldners zu verschlimmern und zu erschweren, zum Contracte verleitet habe, wobey sie überhin erfordern, daß die abgetretene Forderung selbst noch zweifelhaft und ungewiß gewesen seyn müsse. Aber diese Einschränkungen liegen nicht in dem Gesetze selbst. Anastasian setzt zwar die Gründe aus einander, welche ihn veranlassten, die Verordnung zu geben. Die Erfahrung, sagt er, lehre, daß viele Schuldner in die Hände der Proceßhändler fielen, welche, begierig nach fremdem Gute, sich meistens nur solche Forderungen, die ungewiß und zweifelhaft schienen, von dem Gläubiger abtreten ließen, und dann den Schuldner durch mancherley listige Proceduren ängstigten und drückten. Allein diese Worte des Gesetzgebers, welche nichts weiter als gleichsam eine historische Einleitung zu dem Gesetze enthalten und blos zur Rechtfertigung desselben angeführt werden, haben eben so wenig entscheidende Kraft, als die Definitionen und Eintheilungen,

u) in Strictura Cod. ad leg. 22. mandati.

x) in diss. de aequitate cerebrina et exiguo usu practico legis Anastasianae.

y) Lindemann Abhandl.: in welchen Fällen hat das Anastasianische Gesetz keine Anwendung? Greifswalde 1785.

z) Wernher in Observ. Tom. 1. Obs. 181. Lauterbach in colleg. th. pract. Lib. 18. tit. 4. §. 69. Lenz de cess. cap. 23. n. 12.

lungen, welche man in manchem Gesetze des römischen Rechtsbuches antrifft *). Man kann sie daher, bey der allgemeinen und deutlichen Vorschrift des Gesetzes, als kein sicheres Mittel einer Limitation und restrictiven Erklärung desselben betrachten. Die bestimmte Sanction des Gesetzgebers nimmt überall keine Rücksicht auf den Käufer und Verkäufer, oder den Cedenten und Cessionar, in Hinsicht auf die Beweggründe und Absichten, welche sie zu einer solchen Convention etwa bewogen und veranlasst haben können. Er will nur den Schuldner, ohne alle Rücksicht auf den Cedenten, vor nachtheiligen Folgen sichern und zugleich den Wucher und die Proceßcrämerey stöhren. Dazu bedurfte es auch blos der in dem Gesetze enthaltenen, einfachen Vorschrift, daß der Debitor nie mehr zu bezahlen verpflichtet seyn solle, als der Käufer oder Cessionar für die Forderung selbst wirklich gegeben habe a). Da also das Gesetz solche Ausnahmen und Einschränkungen nicht enthält, so kann sich auch der Richter nicht berechtigt halten, die Wirksamkeit desselben, durch Unterlegung eines engern Sinnes und willkührlicher Limitationen, zu hemmen b).

Wenn übrigens die Einrede des Anastasianischen Gesetzes der Klage entgegengesetzt wird, so muß der Cessionarius beweisen, daß er die Summe, welche er fordert, auch wirklich an seinen Cedenten bezahlt hat. Die Richtigkeit dieser Meinung, welche

*) Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie des röm. Rechts. S. 31 ff.

a) Was übrig bleibt, fällt, nach der richtigern Meinung, allein dem Schuldner zu. Overbecks Medit. über verschiedene Rechtsmaterien, B. 1. Nro. 52.

b) Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, B. 4. Nro. 12.

welche Struben c) vertheidigt, ist theils eine unmittelbare Folge jener gesetzlichen Vorschrift, theils liegt sie in der Natur der Sache. Denn, wenn der Cessionar die ganze Summe fordert, so muß er, nach den Regeln des Beweises, auch den Grund seiner Klage darthun; mithin erweisen, daß er die geforderte Summe von dem Schuldner einzuklagen berechtigt sey. Der Cessionar weiß es am besten, was zwischen ihm und seinem Cedenten verabredet ist, und wie viel er dem letztern bezahlt hat. Der Schuldner hingegen erfährt nichts von dem Verhältnisse der Sache, und wenn er den Beweis übernehmen sollte, so würde er in den meisten Fällen fast kein anderes Beweismittel gebrauchen können, als die gerade in solchen Dingen höchst unsichere Eidesdelation. Nach diesen Grundsätzen ist vom Calenberg. Senate des Oberappellat.-Gerichts am 23. März 1802 erkannt, in Sachen Grünenklee w. den Schutzjuden Alexander Jeremias, in pto. arresti.

c) rechtl. Bedenken Th. 4. B. 190. — Bey der Beweisführung ist der Cedent kein tüchtiger Zeuge, weil von ihm kein glaubhaftes Zeugniß erwartet werden kann. Hugo Donellus in Commentar, ad Codic. p. 447 seqq.

XLI. Erörterung.

Wer höhere Zinsen, als fünf Procent, gutwillig bezahlt hat, kann das Uebermaaß derselben, nach den Lüneburgischen Stadtgesetzen, nicht zurückfordern.

In dem Lüneburgischen d) Stadtrechte, Th. 2. Tit. 11, von Leihen und Entlehnen, auch Wucher, kommt folgende Stelle vor:

„Wo aber eine höhere und mehre Verzinsung denn fünfe „aufs Hundert bedingt und versprochen würde, so soll es „in unser Contractenbuch oder sonsten nicht eingeschrieben, noch „von einem Notario, der sein Amt allhier zu treiben und sich „in unserer Stadt zu nähren gedenkt, bey Vermeidung recht„licher Strafe, instrumentirt, oder auch von uns, oder auch „an unserm Niedergericht, darauf geurtheilt werden. Würde „demnach etwas darüber aufgerichtet und im Gericht vorge„bracht, dasselbe soll auf fünfe allein gemäßiget und darüber „nicht mehr erkannt und verholfen werden, unangesehen, wie „hoch und unter was Schein, oder mit was verbindlichen „Worten und Anhängen solches verschrieben, versprochen und „fürgesehen seyn möchte. Hätte aber der Entlehner „gutwillig albereit mehr denn fünfe aufs „Hundert bezahlt, solch Uebermaß soll er von

d) Bey Pufendorf Tom. 4. app. nro. 21.

„von dem Gläubiger wieder zu fordern nicht
„Macht haben, sondern es soll bey seiner
„eigenen freiwilliglich geschehenen
„Zahlung bleiben; Sonsten wollen wir uns
„gegen den Wucherern dermaßen erzeigen, wie es des heil.
„Reichs Abschiede vermögen, nemlich, daß sie das gewucherte
„Geld demjenigen, dem sie es abgewuchert haben, wiedergeben
„und uns dazu den vierten Theil des Hauptstuhls verwirket
„haben sollen."

Aus dem Eingange und ganzen Inhalte dieses Titels gehet die Absicht, den Wucher zu stöhren und die Wucherer, in Beziehung auf die Reichsgesetze, zu bestrafen, ganz unverkennbar hervor. Aber damit scheint die Stelle: Hätte aber der Entlehner gutwillig u. s. w., nicht vereinigt werden zu können, vielmehr jener Absicht ganz entgegen zu seyn; weil auch der gröbste und unverschämteste Wucherer, wenn ihm nur der sonst verbotene unmäßige Zins freiwillig bezahlt ist, zur Rückzahlung alsdann nicht angehalten werden kann, wenn man bey den dürren Worten dieser Stelle stehen bleibt. Um diese scheinbare Disharmonie zu heben, hat man daher die streitige Stelle höchstens nur von dem sechsten Zinsthalere), oder von einem freiwilligen, geringen Geschenke, für den gegebenen Credit, verstehen zu können; oder sie gleichsam als gar nicht existirend ansehen, mithin auf die Herausgabe eines jeden, über fünf

e) Aber der Streit, über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, ist erst gegen die Mitte des verflossenen Jahrhunderts, mithin lange nach Abfassung des Lüneburg. Stadtrechts entstanden, und konnte also der Verfasser des letztern nicht daran denken. Hufeland Beyträge zur Berichtigung der positiv. Rechtsw. St. 1. Nro. 3. Vergl. Runde deutsch. Privatrecht §. 205. Danz Handb. des d. Privatr. §. 205.

fünf Procent hinausgehenden, Zinsgenusses ohne Unterschied erkennen zu müssen geglaubt. Indeß wird doch keine dieser verschiedenen Meinungen durch die Usualinterpretation bestärkt, und in der That scheint auch der vermeintliche Widerspruch, oder die Dunkelheit, welche in dieser Disposition des Stadtrechts liegen soll, wohl nicht eigentlich darin angetroffen zu werden.

Der angezogene Titel ist offenbar, zum Theil wörtlich, aus den vor dem Jahre 1600 ergangenen, den Wucher betreffenden, Reichsabschieden und Reichspoliceyordnungen entlehnt. Man darf also bey der Erklärung der ausgezogenen Stelle des Stadtrechts nicht auf das gemeine Recht f), sondern man muß vielmehr auf die Quelle zurücksehen, woraus sie geschöpft ist, — die Reichsgesetze. In keiner, weder vor noch nach der Abfassung des Lüneburgischen Stadtrechts, wider den Wucher ergangenen, Reichsconstitution ist bestimmt verordnet, daß ein Schuldner, der bereits höhere Zinsen als fünf Procent bezahlt hat, solche von dem Gläubiger solle zurückfordern können. Es wird darin nur festgesetzt, daß alle wucherlichen Contracte ungültig seyn, daß noch nicht bezahlte, wenn gleich versprochene Zinsen, falls darauf geklagt wird, von dem Richter nicht zuerkannt, und daß endlich die Wucherer mit dem Verluste des vierten Theils des Capitals bestrafet werden sollen. Gerade so disponirt nun auch das Lüneburg. Stadtrecht von dem Falle, wenn der Gläubiger dem Schuldner etwas abgewuchert, d. i., wenn er die Verlegenheit und Angst desselben benutzt, und mehr als fünf Procent genommen hat. Alsdann soll der Wucherer nicht blos mit dem vierten Theile

 des

f) Der ehedem so oft vertheidigte Satz: „zweifelhafte, oder dunkele Stellen der Statuten sind so zu erklären, daß sie von dem gemeinen Rechte am wenigsten abweichen", ist an sich schon irrig. Riccius von Stadtgesetzen S. 445 ff.

des Capitals bestraft werden, sondern auch schuldig seyn, das abgewucherte oder erpreßte Geld dem, so er es abgewuchert, zu erstatten.

Ganz verschieden ist aber hiervon der Fall, wenn der Schuldner mehr als fünfe vom Hundert nicht etwa blos versprochen, sondern gutwillig bereits bezahlt hat. Eine solche freiwillig geschehene Entrichtung höherer Zinsen hält das Stadtrecht nicht für wucherlich. Wer mehr als fünf Procent aus freien Stücken bezahlt hat, der muß auch mit dem Anlehn noch mehr haben verdienen, oder es sich doch selbst nicht verhehlen können, daß der Herleiher eine mehr als gewöhnliche Gefahr, in Absicht seines Capitals, zu übernehmen hatte. Bey dergleichen gutwillig und wissentlich erlegten höhern Zinsen läßt sich daher in der Regel nicht annehmen, daß der Gläubiger die Noth und Verlegenheit seines Schuldners benutzt, ihm höhere Zinsen abgepreßt, oder solche ihm mit wucherlicher List und Betrug abgenommen habe.

In beiden Stellen des Stadtrechts ist also kein wahrer Widerspruch anzutreffen; vielmehr sind sie durch die Worte: Sonsten aber wollen wir u.s.w. in vollkommne Harmonie gebracht. Denn, wer in seinem Nothstande ein Anlehn sucht, und sich den unverschämten Zinsforderungen, um aus seiner drückenden Verlegenheit zu kommen, unterwerfen und wucherliche Zinsen versprechen mußte, von dem läßt sich nicht sagen, daß er die unmäßigen Zinsen gutwillig entrichte. Wer aber ein Geldanlehn zu gewissen Zwecken und höhern Zinsen sucht und erhält, und beides freiwillig zurückgezahlt hat, der muß mit der angeliehenen Summe noch mehr haben erwerben wollen, oder sein Vermögen dadurch wirklich vergrößert haben. In Handels- und Factorey-Städten wird ohnehin das baare Geld als eine Waare betrachtet. Der schnelle Umsatz desselben und der kaufmännische Geldverkehr lassen eine viel höhere Be-

nutzung

nutzung klingender Münze als fünf Procent rechtmäßig zu, und darauf scheint auch der Verfasser des Stadtrechts Rücksicht genommen zu haben. Sollte nun aber ein Schuldner, der hohe, das gesetzliche Maaß weit übersteigende, Zinsen freiwillig bezahlt hat, das Uebermaaß derselben zurückfordern können; so würde solches zum wenigsten dem kaufmännischen Credite und den Handelsgeschäfften sehr schädlich werden g). Die streitige Stelle des Lüneburg. Stadtrechts enthält auch nichts ausserordentliches; vielmehr stimmen damit anderer Handelsstädte Statuten überein, und unter andern enthält z. B. die, nur vier Jahre ältere, Frankfurther Reformation, worauf wahrscheinlich Husanus *) bey Abfassung der im Jahr 1582 publicirten Lüneb. Stadtgesetze Rücksicht genommen hat, fast wörtlich die nemliche Vorschrift h).

Bey der deutlichen, völlig klaren und allgemein gefaßten Sanction des Statuts, welches weder durch spätere Reichs-, noch allgemeine Landesgesetze hat aufgehoben werden können i), bedarf es daher überall keiner Interpretation k). Aber ungeachtet der im Statute enthaltenen Einschränkung kann dennoch

g) Mevius von wucherlichen Contracten, Th. 1. Cap. 6. §. 5. Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 8. §. 692.

*) Freher theatr. vir. erud. p. 908. Jöcher gel. Lexicon B. 2. S. 1284. Müller Staatscabinet. Oefn. 1. S. 368.

h) Th. 2. Tit. 11. §. 11. Runde a. a. O. §. 205.

i) Theod. Hagemann Anmerk. zum Zellischen Stadtrechte, S. 184.

k) Riccius a. a. O. Mit Recht bleibt daher Krüger in different. jur. civ. et statutar. Luneburg. §. 19. bey den Worten des Statuts allein stehen. M. vergl. auch Wernher in Obſerv. Tom. 3. P. 2. Obſ. 342.

noch die darin ausgedrückte Absicht, den Wucher zu stöhren, allerdings erreicht werden, wenn überhaupt dergleichen Gesetze dazu hinreichend wären l). Denn wer sich höhere Zinsen, als fünf vom Hundert, versprechen läßt, hat auf jene überall kein Recht zu klagen, und wenn er sie wirklich seinem Schuldner abgepreßt oder abgewuchert hat, muß er nicht nur das Uebermaaß derselben herausgeben, sondern auch die gesetzliche Strafe des Wuchers befürchten. Den Fall, wo der Schuldner die über fünf Procent hinauslaufenden Zinsen zwar bezahlt, aber das Capital selbst noch nicht abgetragen hat, und sich, eben wegen der unmäßigen bezahlten Zinsen, hernachmals weigert, dasselbe zu tilgen, entscheidet übrigens das Stadtrecht nicht. Klagt der Gläubiger auf die Bezahlung des rückständigen Capitals, und opponirt der Schuldner die Einrede der wucherlich abgenommenen Zinsen, und will er mithin das Uebermaaß derselben am Hauptstuhle kürzen; so kann man, den Beweis vorausgesetzt, nicht annehmen, daß derselbe die höhern Zinsen gutwillig bezahlt habe. Es muß daher in einem solchen Falle, wo beide Theile richterliche Hülfe fordern, nach dem übrigen Inhalte des Stadtrechts und den gemeinen Rechten erkannt werden.

Der Schutzjude Joseph Salomon in Lüneburg hatte von dem Linnenhändler Ebel daselbst ein Capital angeliehen, und solches mit fast hundert Procent zurückbezahlt m). Ueber des erstern

l) Daß alle bisjetzt vorhandenen Wuchergesetze den Wucher nicht steuren, davon s. m. Günther Versuch über Wucher und Wuchergesetze S. 104.

m) Da das Stadtrecht die Zurückforderung aller, über 5 pro Cent, gutwillig bezahlten Zinsen, ohne Einschränkung untersagt; so kann es auch keinen Unterschied machen, ob das Uebermaaß derselben erträglich, oder wirklich unverschämt gewesen ist; denn nach den posi-

erstern Vermögen brach mehrere Jahre nachher ein Concurs aus, und der bestellte Curator forderte darauf von letzterm das Uebermaaß der Zinsen zurück. Das Obergericht zu Lüneburg verwarf indeß mittelst Urtheils vom 27. Apr. 1798, in Gemäßheit des Stadtrechts, die erhobene Klage. Die Juristen-Facultät zu Helmstedt bestätigte dies Erkenntniß am 28. Aug. 1799 in der Leuterungsinstanz, jedoch mit Nachlassung des Beweises: daß der Jude Salomon den höhern Zins nicht freiwillig gezahlt habe, sondern ihm solcher durch wucherliche Bedrückung abgezwungen sey. Das Zellesche Hofgericht reformirte aber im Urtheile vom 6. Dec. 1800 die bisherigen Erkenntnisse, und condemnirte den Appellaten zur Herausgabe aller über fünf Procent erweislich abgenommnen Zinsen. Als darauf die Sache in der höchsten Instanz an das Oberappellationsgericht kam, ward die Entscheidung des Hofgerichts, in Erwägung der obigen Gründe, mittelst der am 31. März 1803 publicirten Sentenz, aufgehoben, und das Helmstedter Urtheil völlig hergestellt.

ven Gesetzen ist es nicht mehr unrecht, 50 bis 100 Procent, als 7 oder 8te zu nehmen, und das Mehr oder Wenigere kann nicht die Uebertretung des Gesetzes, wohl aber den Schaden des Schuldners, vergrößern.

XLII. Erörterung.

Von der Sicherheitsbestellung der Licitanten.

Bey einer freiwilligen Versteigerung hängt es unstreitig von der Willkühr des Eigenthümers oder der Interessenten ab, ob sie Jemanden vom Mitbiethen ausschließen, oder einen unsichern Licitanten zum Biethen zulassen wollen. Bey der nothwendigen Versteigerung hingegen muß ein jeder in der Regel zum Mitbiethen gelassen werden n), wenn er nicht durch die Gesetze besonders ausgeschlossen, oder überhaupt unfähig ist, einen Kaufcontract einzugehen o). Baar Geld soll der Licitant nur dann mit zur Stelle bringen, wenn der Fiscus etwas verkaufen läßt, um die Bezahlung sofort bewerkstelligen zu können p). Sonst ist man längst über die Vorschrift hinausgegangen, daß bey Subhastationen nur baare licita q) angenommen

n) Ober-Appellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 15. §. 20.

o) Klaproth im Processe §. 417. Dessen Rechtswissenschaften von freiwilligen Gerichtshandl. §. 119. Mathaei de auctionibus cap. X.

p) Westphal vom Kaufcontract §. 18. Mathaei a. a. O. cap. 13. Nro. 3.

q) L. 15. §. 7. D. de re judicata.

men werden dürften, und die Zahlung des Kaufgeldes geschiehet heut zu Tage gemeiniglich erst nach dem Versteigerungstermine und der deßhalb getroffenen Uebereinkunft.

Fremde, ganz unbekannte Licitanten, oder solche, die notorisch nicht zahlungsfähig sind, können aber zum Mitbiethen, ohne Sicherheitsbestellung, nicht zugelassen werden. Indeß darf doch auch Niemandem, der nicht gerichtskundig insolvent ist, das Mitbiethen unter dem Vorwande vom Richter untersagt werden; weil er für die ganze Kaufsumme in continenti keine Caution bestellen können. Der bemitteltste Licitant ist oft nicht im Stande, eine solche Caution sogleich zu beschaffen. Die zu versteigernde Sache selbst gewährt auch dem Verkäufer immer die bedeutendste Sicherheit; da, vor der erfolgten Zahlung des Kaufgeldes, die Adjudication und Uebergabe nicht geschiehet, und, wenn etwa eine terminliche Zahlung verabredet ist, das Eigenthum derselben reservirt werden kann. Die Sicherheitsleistung eines nicht kundbar insolventen Licitanten darf daher nicht auf den ganzen Kaufschilling erstreckt, sondern sie muß blos nach dem Schaden abgemessen werden, welcher aus dem Mißgebothe erwachsen kann. Ist nun der Licitant im Stande, eine nach den Umständen richterlich zu bestimmende Caution dafür zu bestellen, daß das, bey einer anderweit anzustellenden Licitation, etwa weniger herauskommende, nebst den Kosten, daraus beygetrieben und genommen werden kann; so darf er vom Mitbiethen nicht zurückgewiesen werden. Geschiehet es dennoch, oder wird er mit der Cautionsbestellung übereilet; alsdann kann er sich, wegen einer solchen willkührlichen Zurückweisung, an den nächsten Oberrichter mit einer Beschwerde wenden, und um die nochmalige Ansetzung eines Licitationstermins bitten, der selbst in dem Falle annoch zulässig ist, wenn schon die Sache einem Andern zugeschlagen worden; weil derselbe, aus einem so übereilten und unstatthaften Zuschlage, kein jus quaesitum erlangen kann. Diesem gemäs urtheilte das Oberappellations-Gericht am 8. Januar 1802 in Sachen Brinkfeld c. Schumacher, pto. Verkaufs einer Bürgerstelle.

XLIII. Erörterung.

Wenn Güter des Minderjährigen öffentlich versteigert und dem Meistbietenden zugeschlagen sind; hernachmals aber von einem neuen Liebhaber ein erhebliches mehr geboten wird, so ist derselbe gegen den Zuschlag in integrum zu restituiren.

Wenn bey der Veräusserung der unbeweglichen Güter eines Minderjährigen nicht alles dasjenige beobachtet wird, was die Gesetze als nothwendig dabey vorgeschrieben haben, so ist sie null und nichtig. Die Subhastation ist zwar kein wesentliches Erforderniß bey dem Verkaufe unbeweglicher Pupillengüter r). Aber wenn sie, nach voraufgegangenem Veräusserungsdecrete, öffentlich versteigert und dem Meistbietenden zugeschlagen sind, und nun von einem neuen Kauflustigen bedeutend mehr geboten wird; so ist es sehr streitig, ob der Minderjährige gegen den Zuschlag in integrum zu restituiren sey? Verschiedene Rechtsgelehrten s) glauben diese

r) Overbecks Medidat. für Rechtsgelehrte, Nro. 72. Walch introduct. in controv. jur. civ. p. 91.

s) Berlich in decision. nro. 113. Hommel Rhapſ. quaeſt. Obſ. 586. von Zangen Erörterung der Frage: Ob, wenn Güter der Minderjährigen öffentlich versteigert und zugeschlagen, und nun von einem neuen Liebhaber mehr geboten wird, dieses neue Gebot allenfalls nach vorgängiger Restitution, noch angenommen werden könne oder nicht? Gießen 1800.

diese Frage darum verneinend beantworten zu müssen; weil einestheils die hasta das sicherste Mittel darbiete, den wahren Werth einer Sache zu bestimmen, folglich keine eigentliche Verletzung anzunehmen sey; anderntheils aber, den Gesetzen t) zu Folge, gegen eine öffentliche Versteigerung keine Restitution Statt finden, vielmehr das Eigenthum der sub hasta erstandenen Sache, dem Käufer unwiderruflich verbleiben solle. Allein diese letztern Gesetze finden auf Minderjährige, da sie lediglich in der römischen Fiscalverfassung ihren Grund haben, und vom Verkaufe des Fiscus allein zu erklären sind, offenbar keine so allgemeine Anwendung. Die Subhastation an sich schützt aber so wenig wider jede mögliche Verletzung, als das vorausgegangene Veräusserungsdecret. Findet sich daher, nach dem Zuschlage und der obrigkeitlichen Genehmigung desselben, ein neuer Liebhaber, der für das Grundstück mehr geben will, und die Obervormundschaft hält den Minderjährigen, nach einer billigen Erwägung und Beurtheilung der Umstände u), wirklich bedeutend verletzt, wenn es bey dem Zuschlage bleiben sollte; so muß der Minorenne, nach der deutlichen Vorschrift der Gesetze x), die ganz allgemein und daher nicht blos auf den Privatverkauf der Pupillengüter einzuschränken ist, wider den Zuschlag in integrum restituirt und, nach vorgängiger Restitution, eine anderweite Subhastation vorgenommen

t) L. 5. C. de fide et jure hastae fiscal. L. 8. C. de remiss. pign.

u) Glück im Commentar §. 460.

x) In der lege 7. §. 8. D. de minoribus heißt es: Quaesitum est ex eo, quod in lucro quoquae minoribus subveniendum dicitur, si res ejus venierit, et existat qui plus liceatur: an in integrum propter lucrum restituendus sit? et quotidie praetores eos in integrum restituunt, vt rursus admittatur licitatio. Man sehe auch Leg. 49. D. eod. L. 11. C. de praediis minor.

men werden y). Es erkannte auch diesen gemäs der Calenbergische Senat des Oberappellationsgerichts, am 8. Jun. 1801, in Sachen Bergmann w. Clausen pto. Verkaufs eines Gartens: „Da es bey einer dem Minderjährigen zu ertheilenden Restitution nicht auf den Beweis einer laesionis enormis, sondern nur darauf ankommt, daß die aus dem Geschäfte selbst herfließende laesion von einiger Erheblichkeit sey und es billig der Beurtheilung des obervormundschaftlichen Richters zu überlassen ist, ob, ohne gerade ein weitläuftiges Verfahren darüber zu veranlassen, allen Umständen nach eine bedeutende Verkürzung vorhanden, auch vom Imploranten zum Beweise des Gegentheils nichts erhebliches beygebracht ist; endlich aber die Gesetze auch dann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulassen, wenn der Pupill bey einem öffentlichen meistbietend geschehenen Verkaufe unbeweglicher Güter erheblich verkürzet worden ist: so stehet dem Gesuche nicht zu deferiren."

y) Klaproth im Processe §. 418. Overbeck's Medidationen Nro. 73.

XLIV. Erörterung.

Von der Zulässigkeit der Additional-Zeugen, nach dem Ablaufe des Beweis-Termins, jedoch vor Eröffnung der aufgenommenen Verhöre der ersten Zeugen.

Die Befugniß, nach dem Ablaufe des vorgeschriebenen Beweis-Termins, neue Zeugen abhören zu lassen, wird durch die Gerichtsordnungen der Churbraunschweigschen Lande beschränkt. Nach der Eröffnung der einmal aufgenommenen Zeugen-Aussagen ist die Benennung und Abhörung neuer Zeugen, mit Ausnahme weniger Fälle, schlechterdings untersaget z), und selbst den Minderjährigen wird in diesem Stücke kein Vorrecht zugestanden a). Ob

z) M. s. hierüber, und über die zugelassenen Ausnahmsfälle: O. A.-G.-Ordnung Th. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 6. Zell. H.Gerichts-Ordn. Th. 2. Tit. 24. §. 4 bis 6. Calenberg. Canzlei-Ordn. Tit. 21. §. 4. Calenb. H.G.Ordn. Tit. 56. Brem. und Verd. H.G.Ordn. Th. 2. Tit. 17. §. 6. Pufendorf Proc. Civ. P. 3. Cap. 7. §. 21. a Pufendorf T. 1. Obs. 157. T. 2. Obs. 108. T. 3. Obs. 109 et 147. Practische Erörter. B. 2. Erörter. 22.

a) Practische Erörter. B. 2. Erörter. 22.

Ob aber und unter welchen Bedingungen, noch vor der Eröffnung der ersten Zeugen-Verhöre, der Beweisführer, nach Ablauf des eigentlichen Beweis-Termins, neue Zeugen vorschlagen dürfe? — darüber sind die hiesigen Gerichtsordnungen nicht völlig einstimmig. Die Calenbergische Hofgerichtsordnung b), die Zellische Canzlei-Ordnung c), die Brem- und Verdensche Hofgerichts-Ordnung d), so wie die dortige Untergerichts-Ordnung e), schweigen über diesen Gegenstand gänzlich, und bestimmen nur im Allgemeinen, daß der Beweis-Termin präjudiciel seyn, und nicht durch übermäßige Fristgesuche in die Länge gezogen werden soll. Wahrscheinlich durch diese allgemeine Bestimmung verleitet, erkläret ein mit der hiesigen Gerichtsverfassung sehr vertraueter Schriftsteller f), die Production von Additional-Zeugen, nach dem Ablaufe des Beweis-Termins, ausser den Rechtssachen der Minderjährigen, Gemeinden und Kirchen, nur in dem Falle für zulässig, wenn der Producent zuvor eidlich erhärtet, daß er eine bösliche Verlängerung des Rechtsstreits nicht beabsichtige, und daß er weder die neuvorgeschlagenen Zeugen vorher gekannt, noch von den Aussagen der bereits abgehörten Zeugen Wissenschaft erhalten habe. Diese Lehre dürfte aber nach ihrer ganzen Strenge wohl schwerlich so ganz unbedingt anzunehmen seyn. Ohne der Nothwendigkeit der ebengedachten eidlichen Versicherung des Producen-

b) Calenb. H. Gerichts-Ordn. Tit. 41 und 48. Corp. Const. Calenberg. Cap. 2. Nro. 11. pag 428 et 441.

c) Zell. Canzlei-Ordn. Art. 22. Corp. Const. Luneburg. Cap. 2. Sect. 1. Nro. 11. pag. 311.

d) Brem. und Verden. H. G. Ordn. Th. 2. Tit. 11. §. 9 und Tit. 13.

e) Unter-Gerichts-Ordn. für die Herzogthümer Bremen und Verden v. 5. Novemb. 1753. Tit. 7. §. 12.

f) Pufendorf Proc. Civ. P. 3. Cap. 6. §. 19.

ducenten zu erwähnen, schreibet die O.A.G.Ordnung Folgendes vor: „Wann der Beweisführer zu obengesetzter Zeit (innerhalb „des Beweis-Termins) einmal Zeugen benennet; so soll er her„nach, ohne Beybringung erheblicher Ursachen, andere oder meh„rere Zeugen, ob er sich schon solches vorher zu gehöriger Zeit be„dungen hätte, anzugeben nicht befugt seyn; es wäre dann in „causis Minorum, Universitatum, oder in einem anderen sol„chen Falle, da das Beneficium restitutionis in integrum „Statt hätte, da dann bey Unseres Gerichts Ermäßigung stehet, „ob und wie weit die aufs neue bemeldte Zeugen annoch zu admit„tiren seyn" g).

Mit dieser Vorschrift stimmen auch, beynahe wörtlich, die auf den Gegenstand Beziehung habenden Stellen der Zelleschen Hofgerichts-Ordnung h) und der Calenbergischen Canzlei-Ordnung i) überein. Der Sinn dieser Verordnungen gehet ohne Zweifel dahin: daß zwar in der Regel bey dem Beweise durch Zeugen, nach dem Ablaufe des Beweis-Termins, und nachdem einmal Zeugen produciret, jedoch deren Aussagen noch nicht eröffnet sind, keine neue Zeugen zugelassen werden sollen; daß aber nicht allein den beweisführenden Minderjährigen und Gemeinden, imgleichen in den Rechtssachen, worin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eintritt, eine Ausnahme von dieser Regel gestattet, sondern auch in anderen Rechtfällen den beweisführenden Parteien, wenn sie erhebliche Ursachen dazu haben und anführen, die Production von Additional-Zeugen erlaubet, und die Beurtheilung der Er-

g) O.A.G.Ordnung Th. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 15.

h) Zell. H. G. Ordn. Th. 2. Tit. 13. §. 2. Corp. Const. Luneburg. Cap. 2. Sect. 1. Nro. 17. pag. 470.

i) Calenberg. Canzlei.-Ordn. Tit. 20. §. 2. Corp. Const. Calenberg. Cap. 2. Nro. 7. pag. 287.

Erheblichkeit der, dieserhalb angeführten, Gründe lediglich dem jedesmaligen Ermessen der Gerichte überlassen ist. Zu der Beobachtung einer ausserordentlichen Strenge bey der Ermäßigung der von der Partei vorgebrachten Ursachen, weisen unsere Gerichtsordnungen den Richter nicht ausdrücklich an, und in der Sache selbst liegt auch keine Veranlassung zu der Empfehlung eines solchen Verfahrens. Der gesetzliche Grund, weshalb neue Zeugen-Abhörungen, nach Eröffnung der ersten Zeugen-Aussagen, untersaget sind, ist kein anderer, als Metus subornationis k). Nur höchst selten tritt diese Besorglichkeit dann ein, wenn Additional-Zeugen noch vor der Eröffnung der ersten Zeugen-Verhöre produciret werden. Ist in einem oder dem anderen Falle, aus besondern Gründen, eine Subornation besorglich, oder zeiget sich auf Seiten der beweisführenden Partei ganz offenbar die Absicht, durch die Production der Additional-Zeugen die Sache nur in die Länge ziehen zu wollen; so wird, schon nach den allgemeinen von den Eiden für Gefährde — Juramentum calumniae seu malitiae — geltenden Grundsätzen l), die Befugniß, ja die Pflicht des Richters, nicht verkannt werden können, von dem Producenten die vorgängige eidliche Versicherung darüber zu erfordern: daß derselbe eine bösliche Verlängerung des Rechtsstreites nicht beabsichtige, und daß er von den Aussagen der bereits vernommenen Zeugen keine Wissenschaft erhalten habe. Mangelt es aber an dergleichen besonderen Verdachtsursachen gegen den Beweisführer, so ist, auch ohne vorgängige Eidesleistung, das Anführen jedes vernünftigen zutreffenden und glaubhaften Grundes

k) Elem. 2. de Testib. Cap. 2. Berlich Concl. pract. 38. Nro. 83 et 86. Practische Erörter. B. 2. Erörter. 22.

l) O.A.G.Ordnung Th. 2. Tit. 7. §. 2. 3 und 7. Zell. H.G.Ordn. Th. 2. Tit. 8. §. 1 u. 2. und Tit. 9. Calenberg. H.G.Ordn. Tit. 36 und 37. Brem. und Verd. H.G.Ordn. Th. 2. Tit. 8. §. 1 und Tit. 9.

des der verspäteten Zeugen-Production dazu qualificiret, die Zulassung der Additional-Zeugen, vor Eröffnung der ersten Zeugen-Verhöre, zu bewirken, und der Richter handelt gewiß nicht rechtswidrig, wenn er, bey der Beurtheilung der Erheblichkeit der von den Producenten angeführten Gründe, mehr Milde als Strenge eintreten läßt. Die Darstellung der factischen Wahrheit ist der Zweck jeder Beweisführung. Alles was zu diesem Zwecke leitet, verdienet, in sofern die Mittel nicht offenbar gegen Ordnung und Rechtsgang anstoßen, Beförderung, und gerade hierauf beruhet die den Beweisen zugestandene rechtliche Begünstigung — favor probationis — und der allgemeine Grundsatz: daß, mit Ausnahme einer böslichen Gefährde — dolus — und eines hohen Grades der Nachlässigkeit — supina negligentia —, schon das Anführen glaubhafter, wiewohl leichter Entschuldigungsgründe, zu der richterlichen Uebersehung des gering versäumten Beweistermins hinreichend sey m). Selbst die etwanige Vernachlässigung des ausdrücklichen Gesuchs des Producenten, um die Ertheilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Beweistermins, leget der Zulassung der Additionalzeugen keine Schwierigkeit in den Weg, wenn übrigens zu diesem Zwecke paßliche Gründe vorhanden sind. Da wir kein Jus civile stincte sic dictum, keine Prätoren, keine negotia stricti juris, keine restitutionem praetoriam civilem mehr haben; so ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen versäumte Fatalien, nach dem jetzigen Rechtssystem, genau genommen, ein uneigentlicher unpassender Ausdruck für das damit bezielte Geschäfft. Die Richter sind keine Wesen, die geschehene Dinge vernichten, und die vergangene Zeit zurückrufen können; und wenn die Natur des Geschäffts, das Verhältniß der Personen, oder die gemeine Wohlfahrt

m) Leyser Spec. 261. Med. 41. Canngiesser Dec. Supremi Tribun. Cass. T. 1. Dec. 29. Nro. 8.

fahrt es erfordern, daß Handlungen oder Erkenntnisse für unverbindlich, und die Unterlassung einer Handlung für unschädlich erkläret, oder Handlungen widerrufen werden können; oder, wenn wegen einer unterlassenen Handlung noch die Vertheidigung und das Gehör verstattet werden muß; so kömmt es, in so fern man die Sache aus dem eigentlichen Gesichtspunkte, und nicht blos nach der Terminologie der Rechtscompendien, betrachtet, keinesweges auf die Ertheilung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, im altrömischen Begriffe des Worts, sondern allein auf die Gestattung einer weiteren Rechtsausführung an, welche der Richter, wenn sie mit Grunde gesuchet wird, auch ohne ein ausdrückliches Restitutionsgesuch, zulassen kann, und zur Vermeidung der, mit der Nachholung dieser, ein leeres Formel betreffenden, Bitte verbundenen mehreren Weitläuftigkeiten und Kosten, billig immer gleich zulassen sollte n).

In Sachen Scharnweber wider Hagelberg, wegen Auspfändung, beschwerte sich ersterer bey dem O.A.Gerichte darüber; daß zwei, von Hagelberg, als beweisführendem Theile, nach Ablauf des Beweis-Termins, jedoch vor Eröffnung der zuerst aufgenommenen Zeugenverhöre, vorgeschlagene Additionalzeugen auf das bloße Anführen, daß der Producent von den Zeugen vorhin keine hinlängliche Kenntniß gehabt habe, und selbst ohne ein ausdrückliches Gesuch um die Restitution gegen den Ablauf des Beweis-Termins, zugelassen wären. Das höchste Tribunal ertheilte aber auf diese Berufung, am 5. Julius 1802, den folgenden, die oben ausgeführten Grundsätze bewährenden, Bescheid:

„Da

n) Mevius P. 1. Decis. 134, nro. 5. Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit, Th. 1, Abschnitt 8. Th. 2, Abschn. 5. Th. 3. Hauptst. 1. Cap. 7, und in der Theorie der Beweise im Civilproceß, Seite 186.

„Da sowohl der Gebrauch der Leuterung, als der Man-
„gel der Appellationssumme, der Appellabilität der Sache ent-
„gegenstehet, mithin die Gerichtsbarkeit Unseres O.A.Gerichts
„nur durch eine Nichtigkeit der Bescheide vom 21. Dec. 1801
„und 11. Jan. 1802 begründet werden kann, eine Nulität aber
„keinesweges anzutreffen ist, indem die Zulassung der Additional-
„zeugen, nach Verlauf der vorgeschriebenen Beweisfrist, jedoch
„vor Eröffnung der Zeugenverhöre, durch die Zell'sche H.G.-
„Ordnung Th. 2, Tit. 13, §. 2, und die O.A.G.Ordnung,
„Th. 2. Tit. 8. Sect. 1. §. 15, dem, durch die jedesmal ein-
„tretenden Umstände, zu bestimmenden richterlichen Ermessen
„überlassen wird, und in dem vorliegenden Falle, nach dem
„ganzen Sachverhältnisse, dem Imploraten die Production der
„Zeugen Meyer und Halms billigerweise nicht versaget wer-
„den mag; So findet das angebrachte Gesuch nicht Statt."

XLV. Erörterung.

Von dem Zeugnisse der Geschwister.

Ueber die Zulässigkeit der Geschwister zum Zeugniß, für oder wider einander, sind die Meinungen der Rechtsgelehrten bekanntlich sehr getheilt. Einige o) halten sie für ganz untüchtige und verwerfliche Zeugen; andere p) lassen sie nur unter gewissen Einschränkungen zu. Unstreitig sind Geschwister, wenn sie für einander ein Zeugniß ablegen sollen, keine vollgültigen unverdächtigen Zeugen. Die Gesetze selbst nehmen es als Wahrheit an, daß es den meisten Menschen, welche, vermöge naher Anverwandtschaft, einen vorzüglichen Grad der Liebe und Zuneigung für einander zu haben pflegen, an gutem Willen fehle, die Wahrheit zum Nachtheil derer, die sie lieben, zu sagen, und sie verdienen daher in der Regel keinen vollkommnen Glauben. Aber in keinem Gesetze des gemeinen Rechts wird doch das Zeugniß der Geschwister für einander ausdrücklich als verwerflich und völlig unzulässig erklärt q). Es muß also billig dem

o) Klaproth im Proceß, §. 260. Cocceji in jure controv. Lib. 22. tit. 5. qu. 7.

p) J. H. Böhmer in jure eccl. protest. Tom. 1. Lib. 2. tit. 20. § 19. Ge. Lud. Böhmer princ. jur. can. §. 786. von Tevenar Theorie des Beweises, S. 118 ff.

q) Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 133. Leyser Sp. 284. m. 23.

dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, nach sorgfältiger Prüfung der Umstände zu bestimmen, ob Brüder und Schwestern für einander zum Zeugnisse gelassen werden, und ob sie in der Sache, worüber sie zeugen sollen, viel oder wenig Glauben verdienen können. Das höchste Tribunal erkannte daher am 13. Oct. 1795, in Sachen Schocke w. Hoffmann, daß der Bruder von dem Zeugnisse für die Schwester nicht gänzlich auszuschließen, sondern, mit Vorbehalt der Einreden wider dessen Person und Aussagen, zuzulassen sey.

Ganz verschieden ist hiervon der Fall, wenn der Gegner selbst, zum Beweise seiner Behauptung, Geschwister wider Geschwister zu Zeugen vorschlägt. Alsdann scheinen sie, in Hinsicht des Beweisführers, als völlig glaubwürdige Zeugen betrachtet werden zu müssen r), da derselbe von ihnen selbst vermuthet, daß sie ihren Zeugeneid erfüllen, die Ruhe ihres Gewissens achten, und dasselbe, aus Liebe und Freundschaft für das Interesse ihres nächsten Verwandten, durch Behauptung einer Unwahrheit, nicht verletzen werden. Erwartet also der Gegner selbst ein aufrichtiges Zeugniß von ihnen, so kann auch weder der Richter im Allgemeinen ihre Glaubwürdigkeit gänzlich bezweifeln, noch der Bruder oder die Schwester, gegen welche sie als Zeugen vorgeschlagen werden, sich mit Grunde über

m. 23. Nur Eltern und Kinder, wenn die letztern noch in der väterlichen Gewalt sind, können nach Vorschrift der Gesetze so wenig für als wider einander zum Zeugnisse gelassen werden. a Pufendorf Tom. I. obs. 15.

r) Homel Catalog. test. alphabet. pag. 8. Am 15. Jul. 1801 erkannte auch das Oberappellationsgericht in S. Jörden w. Frisch, pto. Contracts, daß die Brüder des Imploraten, da sie gegen denselben ein Zeugniß ablegen sollten, allerdings für zulässig zu halten wären.

über deren Zulassung beschweren, wenn keine besondern Umstände dargelegt werden können, die sonst ihr Zeugniß überhaupt verwerflich und unzulässig machen.

Ob aber Geschwister, besonders wider einander, zum Zeugnisse gezwungen werden können? ist ebenfalls sehr bestritten. Verschiedene Rechtslehrer s) wollen nur sodann Zwangsmittel eintreten lassen, wenn beide streitenden Theile ihnen gleich nahe verwandt sind, oder die Wahrheit nicht anders ausgemittelt werden kann. Zwar ist es allezeit bedenklich, Jemanden zum Zeugnisse zu zwingen, weil dadurch die Leidenschaften leicht aufgeregt werden, welche eine Versündigung wider das achte Gebot wohl veranlassen können. In so fern man aber die Geschwister, welche von dem Gegner derselben selbst vorgeschlagen werden, als vollgültige Zeugen anzusehen hat, dürften sie, wie jeder fremde tüchtige Zeuge, sich nicht von der Ablegung eines Zeugnisses, der bloßen Verwandschaft wegen, lossagen, vielmehr dazu, besonders alsdann gezwungen werden können, wenn sie nicht mehr Glieder einer Familie sind, sondern von einander getrennt leben, und nichts von einander zu hoffen und zu fürchten haben. Die Gesetze t), vermöge welcher nahe Verwandten nicht zum Zeugnisse wider einander gezwungen werden sollen, und worauf man sich gewöhnlich beziehet u), reden eigentlich nicht von Civilsachen, sondern von Criminalfällen, und sie verordnen nur, daß die Verwandten in der geraden, oder in dem ersten Grade der Seitenlinie, ingleichen Schwiegereltern, Stiefeltern und Kinder, Brautleute und ihre Eltern in Untersuchungen über begangene Verbrechen ihrer nächsten Angehörigen, nicht zur Zeugenschaft sollen gezwungen werden können.

s) Hellfeld jurispr. for. §. 1178.
t) L. 4 u. 5. D. de testibus.
u) Klaproth a. a. O. §. 281. Hellfeld l. c.

nen x). Versagen indeß Geschwister ihr Zeugniß wider einander nicht aus einem bloßen Eigensinne, sondern aus guten Gründen, z. B. daß ihnen dasselbe in Absicht künftiger Erbfälle nachtheilig, oder aus andern Ursachen schädlich seyn könne; so muß aller Zwang hinwegfallen. Denn die Verbindlichkeit zur Abgebung eines Zeugnisses, darf dem Zeugen selbst niemals Gefahr oder Schaden zuziehen, und es würde auch nicht leicht von ihm ein aufrichtiges Testimonium zu erwarten seyn, wenn er zu glauben Ursache hätte, daß die Ablegung desselben seinem zukünftigen, wenn gleich ungewissen, Interesse gefährlich oder nachtheilig werden könnte.

x) Heineccius elem. jur. civ. sec. ord. pandect. §. 141.

XLVI.

XLVI. Erörterung.

Ein von dem incompetenten Richter oder Notar aufgenommnes summarisches Zeugenverhör hat beweisende Kraft, wenn, durch die Schuld des Producten, die förmliche Abhörung der Zeugen vor dem ordentlichen Richter verhindert ist, und selbige dadurch nachher für den Producenten verloren gegangen sind.

Wenn der Beweis durch Zeugen geführt wird, und von rechtlicher Würkung seyn soll, so muß alles dasjenige beobachtet werden, was die Gesetze und Proceßordnungen in Absicht der Form, der Production, Vereidung und Abhörung der Zeugen vorgeschrieben haben y). Wird dabey etwas verabsäumt, so ist der Beweis selbst mangelhaft, und insonderheit hat ein, von einem incompetenten Richter oder von einem Notar, ohne besondere Fragstücke und ohne Vereidung der Zeugen, aufgenommnes summarisches Zeugenverhör in der Regel gar keine beweisende Kraft z).

Mancherley Hindernisse können indeß vorkommen, welche den angetretenen Zeugenbeweis einstweilig hemmen, oder ganz ver-

y) Oberappellat.-Gerichts-Ordn. Th. 2. Tit. 8. Nro. 1.
z) Danz Proceß, §. 284. Pract. Erörter, B. 3. Nro. 55.

vereiteln. Jenes kann z. B. geschehen, wenn die geladenen Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen, wenn sie vor der Abhörung aus dem Gerichtssprengel wegziehen, oder sich in ein fremdes Land begeben, wenn der Product die Abhörung derselben nicht zulassen will, und deßhalb Protestationen oder Rechtsmittel einlegt und verfolgt u. s. w. Letzteres tritt insonderheit in dem Falle ein, wenn die Zeugen vor der Abhörung versterben. Sind sie für den Beweisführer, vor der solennen Vernehmung, durch den Tod, oder auf andere nicht zu verhindernde Weise, verlohren gegangen, so kann ihm, bey dem Mangel anderer Beweismittel, wegen dieses Zufalls nicht geholfen werden. Ist aber der Producent, aus Vorsatz oder Nachlässigkeit des Producten, seines Zeugenbeweises beraubt worden; alsdann können, durch die unerlaubten und widerrechtlichen Handlungen des letztern, die Rechte des unschuldigen Beweisführers nicht verletzt werden. Wenn es daher der Product veranlaßt hat, daß die solenne Abhörung des Zeugen, durch den widerrechtlichen Gebrauch seiner Protestationen und Rechtsmittel, oder durch andere nicht zu rechtfertigende Aufzüge unterblieben, und durch den, während solcher Zeit erfolgten Tod des Zeugen, dessen förmliche Vernehmung unmöglich gemacht ist; so kann sich derselbe, wenn das factum des durch seine Schuld entstandenen Zeugenverlustes erwiesen ist, der Verbindlichkeit nicht entziehen, den Producenten zu entschädigen.

Schon nach gemeinen Rechten ist ein jeder, der aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen oder unterlassen hat, den dadurch angerichteten Schaden zu ersetzen verbunden a), und es läßt sich auch von einer widerrechtlich entzogenen Zeugenaussage dasjenige völlig analogisch behaupten, was die Gesetze von den Fällen verordnen, da ein Eid

a) § 3. I. de lege Aquilia. L. 5. § 1. D. eod. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 38.

Eid, durch des Gegners Bosheit oder Nachlässigkeit, nicht abgeleistet und eine Urkunde, weil sie der Gegentheil abhanden gebracht hat, nicht vorgelegt werden kann b). Die Art und Weise aber, wie der Product, durch dessen widerrechtliches Verfahren der Verlust des Zeugen entstanden ist, dem Producenten eine Entschädigung zu leisten habe? hat in dem Falle, wenn der Zeuge vor seinem Absterben nur summarisch, obgleich unförmlich und von einem incompetenten Richter, vernommen ist, wenig Schwierigkeit. Der Product verliehrt seine Einreden, die ihm sonst gegen die Unförmlichkeit des Zeugenverhörs zugestanden haben würden, und es ist so aufzunehmen, als wäre dabey vollkommen solenn und legal verfahren *). Er kann sich den Ansprüchen des Producenten nicht anders entziehen, als wenn er entweder die völlige Untüchtigkeit des Zeugen, oder daß dessen summarische Aussage keinen Beweis enthalte, zu zeigen, oder aber den Gegenbeweis beyzubringen vermag. Schwieriger wird indeß die Leistung einer Entschädigung in dem Falle zu bestimmen seyn, wenn der verlohrne Zeuge gar nicht abgehört ist. Vielleicht dürfte aber, nach der Analogie von zerrissenen, oder sonst abhanden gebrachten Urkunden c), auch hierbey der Product die eidliche Bekräftigung des Producenten darüber: daß der verlorne Zeuge ganz zu seinem Vortheile ausgesagt und die Artikel beantwortet haben würde, wenn es zu dessen förmlicher Vernehmung hätte kommen können, sich gefallen lassen müssen. Der Producent kann einen solchen Eid wenigstens de

b) O.A.G.-Ordnung Th. 2. Tit. 8. Nro. 2. §. 11. u. Nro. 3. §. 12. Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten §. 198. Pract. Erörter. B. 3. Nro. 20.

*) Es ist daher immer rathsam, wenn der Product das solenne Zeugenverhör aufzuhalten sucht, besonders alte Zeugen, summarisch vernehmen zu lassen.

c) O.A.G.-Ordn. Th. 2. Tit. 8. Nro. 2. §. 11.

de credulitate in dem Falle wohl ableisten, wenn er, wie ihm freistehet und obliegt d), sich bey dem Zeugen, ehe er ihn zum Zeugniß vorgeschlagen, erkundigt hat, ob und welche Kenntniß und Wissenschaft er von der streitigen Sache habe? Das höchste Tribunal erkannte daher am 23. Dec. 1801. in Sachen Anwaldes des Jagdamtes w. von Spörken, pto. der Koppeljagd auf den Feldmarken Rieste und Stöcken, auf nachstehende Weise: Wenn gleich dem Appellaten der Beweis eines 40jährigen Besitzstandes der Mitjagd in den beyden in Frage befangenen Feldern, den Rechten nach, obgelegen; nachdem jedoch bey vorkommenden Umständen, da der Appellant einzig und allein durch seine anmaßliche und höchstunbefugte, bey dem, zur Abhörung des als Zeugen vorgeschlagenen Hospitalisten Wriede, ernannten Commissario, Amtschreiber Schulz, eingelegte und noch dazu nachher nicht wieder zurückgenommne Protestation, es veranlaßt hat, daß dieser Zeuge, wegen seines mittlerweile erfolgten Absterbens, solenni modo nicht abgehöret worden, und daher, in Rücksicht dieses blos und allein durch sein Verschulden für Appellaten entstandenen Mangels, das von demselben sub Nro. 37. zu den Canzleyacten gebrachte Protocoll als ein vollgültiges Zeugenverhör hiermit in Consideration kommt, in diesem Verhöre aber von benanntem Wriede, den ohnehin nicht der geringste Verdacht einer Parteilichkeit trifft, sub fide juramenti versichert ist, daß appellatischer Seits vor mehr als 40 Jahren die Mitjagd in den Riester und Stöckner Feldmarken ungestört exercirt worden, und hieraus, so wie aus den Aussagen der übrigen Zeugen, der ad effectum Suppletorii erforderlich gewesene halbe Beweis hinreichend hervorgehet; dieser halbe Beweis auch durch dasjenige, was Appellant reprobando beygebracht hat, keinesweges elidirt worden: So ist Sententia a qua in der Maße zu bestätigen u. s. w.

d) O.A.G.O. Th. 2. Tit. 8. §. 1.

XLVII. Erörterung.

Von der Zuläſſigkeit des Verfaſſers einer Urkunde zum Zeugniß.

Daß Advocaten, Mandatarien, Notarien, Procuratoren und Unterhändler, wenn es auf den Inhalt, die Richtigkeit, Vollkommenheiten oder Fehler einer von ihnen, für ihre Clienten verfaßten Urkunde über ein rechtliches Geſchäfte ankommt, nach Beſchaffenheit der Umſtände, als ganz unzuläſſige, oder doch ſehr verdächtige Zeugen betrachtet werden müſſen, würde ſchon aus der Natur der Sache folgen, wenn es auch an allen geſetzlichen *) Beſtimmungen darüber ermangelte. Dergleichen Geſchäftsmännern kann und darf es in Rückſicht ihrer Ehre, ihres Amtes, Rufes, Lobes oder Tadels, nie gleichgültig ſeyn, ob die von ihnen abgefaßte Urkunde für ächt oder falſch, für gültig, ungültig oder fehlerhaft erklärt wird. Auch der redlichſte Mann macht ſich nicht gern ſelbſt öffentlich Vorwürfe, und bey dem weniger Rechtſchaffnen dürfte die Wahrheit der zu bezeugenden Thatſache, wenn ſie mit dem Intereſſe der Ehre, der Achtung und des Rufes in

*) L. fin. D. de teſtibus cap. 6. 12. X. und fin. ibid. in 6. Hommel catalog. teſt. vocc. advocatus, mandatarius, notarius, procurator, proxeneta.

in Collision geräth, wohl fast immer in Gefahr seyn, aufgeopfert oder verleugnet zu werden.

Ganz anders verhält es sich jedoch, wenn Jemand nicht in solchen Verhältnissen mit den Parteien stehet, sondern als ein ganz unbefangener, uninteressirter Dritter, den Wünschen der Contrahenten gemäß, eine Urkunde verfaßt hat, und nicht über deren Inhalt, oder die Nebenumstände der darin enthaltenen Verabredungen, sondern lediglich über die Wahrheit der Handlung oder Begebenheit selbst, z. B. über die geschehene eigenhändige Unterschrift der Paciscenten, als Zeuge vorgeschlagen wird f). Bey der Bezeugung dieser Thatsache kommt selbst nicht einmal das Interesse der Ehre des Verfassers der Urkunde in Betrachtung; weil er nicht sein eigenes, sondern ein fremdes factum bekunden soll, und die Unterschrift des von ihm entworfenen Aufsatzes von den Parteien geschehen oder unterbleiben konnte. In einem solchen Falle ist daher der Verfasser einer Urkunde als ein classischer Zeuge zu betrachten g), wenn keine andern Gründe vorhanden sind, die dessen Glaubwürdigkeit aufheben oder schwächen. Das höchste Tribunal hat hiernach im May 1794 in Sachen Leydings w. Heidmüller, und im Jun. 1802 in Sachen Holstencamp w. Hardekopf, geurtheilt.

f) Dieser Fall kommt z. E. vor, wenn der Producent die eidliche Ableugnung der Urkunde verhindern, oder, nach derselben, die Richtigkeit der Unterschrift des Documents erweisen will. Ober-Appellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 8. Sect. 2. §. 5 u. 7.

g) Brockes in Obſervat. Nro. 108.

XLVIII.

XLVIII. Erörterung.

Ueber Lehnsurkunden und deren Edition.

Welche Urkunden zu den Lehnsdocumenten gerechnet werden müssen, ist von Struben bemerkt h). Sie sind, sowohl in Rücksicht der Materie als des Inhaltes, ein gemeinschaftliches Eigenthum aller in der Investitur begriffenen Lehnsvettern. Jeder Lehnsagnat hat daher die Befugniß, sie einzusehen und zu benutzen, wenn gleich gewöhnlich die specielle Aufsicht und Fürsorge der Lehnlade, oder des Lehnsarchivs der Familie, dem jedesmaligen Geschlechtsältesten übertragen zu seyn pflegt. Mit dem Absterben des Lehnsbesitzers, ohne lehnsfähige Descendenz, hört aber das Miteigenthum an der Materie der Lehnsurkunden, da sie einen Theil des Lehnseigenthums ausmachen, oder doch ein adnexum desselben sind, gänzlich auf, und die Allodialerben oder Gläubiger des letzten Besitzers sind verbunden, sie dem Lehnsfolger vollständig auszuantworten, wenn sie, Kraft des Retentionsrechtes, im Besitze des Lehns und der Lehnsurkunden geblieben sind. Der Lehnsfolger hat sodann auch die unstreitige Befugniß, von ihnen den Editionseid zu fordern.

Ueber

h) rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 193. M. s. auch Gaffer observ. forens. c. 6. obs. 11.

Ueber die Verbindlichkeit des Lehnsherrn, des Lehnsfolgers, oder des, das Familien-Lehnsarchiv besitzenden, Geschlechtsältesten, die Lehnsurkunden den Allodialerben oder Gläubigern zu ediren, pflegt aber bey Absonderungen des Lehns vom Erbe, sonderlich dann öfters gestritten zu werden, wenn der succedirende Lehnsagnat als der beklagte Theil erscheint, und die Lehnsdocumente im Besitze hat. Eine gesetzliche Bestimmung ist hierüber nicht vorhanden, und der Streit muß also aus der Natur und dem Verhältnisse der Sache entschieden werden i). Die Lehnbriefe, Lehnsreverse, Lehnsdesignationen und Lehnverträge werden zur Bestimmung der wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, zwischen Lehnherrn und Vasallen, und der letztern unter einander, errichtet. Sie betreffen also Gegenstände, weshalb der letzte Lehnsbesitzer mit dem Lehnsherrn und seinen Lehnsfolgern in Verbindung stand, und sie sind lediglich in der Absicht verfertigt, um als Beweismittel über das, unter den Interessenten zu Stande gekommne Geschäft zu dienen. Ueberhin enthalten sie häufig Stipulationen zu Gunsten der Allodialerben, und aus den Lehnsurkunden sucht man überhaupt sehr oft bey Lehnsabsonderungen, für die Lehns- oder Allodialqualität einer Sache, eine specielle Vermuthung herzuleiten, um sich von der Beweislast zu befreien. So lange nun das Lehn vom Erbe noch nicht geschieden ist, stehen die Allodialerben, oder Gläubiger des letzten Besitzers, noch immer in Verbindung mit dem Lehnsherrn oder Lehnfolger; sie sind, in diesem Verhältnisse, unter einander als Interessenten in Hinsicht der Beweismittel anzusehen, und mithin befugt, zu verlangen, daß ihnen die Lehnsdocumente, weil solche ihre Gerechtsame und Ansprüche mit betreffen, vorgelegt werden. Sie sind daher, wenn gleich nicht in Absicht der Materie, doch in Rücksicht ihres In-

i) Tota doctrina de edendo ex aequitate et arbitrio judicis pendet, Leyser Sp. 452. §. 8.

Inhaltes, als gemeinschaftliche Urkunden k) anzusehen, und daraus folgt denn die Unanwendbarkeit der an sich schon so schwankenden und willkührlichen Regel: daß der Beklagte zur Edition nicht verbunden sey, von selbst, wenn auch die Allodialerben oder Gläubiger wirklich als Kläger, bey der Absonderung des Lehns vom Erbe, aufgetreten und dafür erkannt sind. Das höchste Tribunal hat nach diesen Grundsätzen am 15. Dec. 1792 in S. von Knigge w. von Knigge, pto. famil. heroisc. und am 20. Oct. 1802, in S. von Minnigerode w. von Minnigerode, pto. separat. feudi ab allodio, gesprochen.

k) a Pufendorf Tom. 4. obs. 36. Struben a. a. O. Responsa JCtor. Erford. Tom. 1. Resp. 232 u. 345.

XLIX.

XLIX. Erörterung.

Eine Partey, welche zum Kostenersatz verurtheilt ist, aber aus Unvermögen nicht bezahlen kann, darf deswegen, auf den Antrag ihres Gegners, nicht körperlich bestraft werden.

Die Armuth des verlierenden Theils giebt an sich keinen Grund ab, die Proceßkosten zu vergleichen. Besitzt der Sachfällige nur etwas im Vermögen, so muß der Richter, wegen Beytreibung der erkannten Proceßkosten, auf des Gegners Verlangen, das Nöthige verfügen und bestimmen. Aber wenn der sachfällige Theil nun so durchaus arm und gänzlich unvermögend ist, die Kosten zu bezahlen, kann alsdann der obsiegende Theil mit Recht fordern, daß derselbe, statt des Kostenersatzes, körperlich bestraft wird? Verschiedene Rechtslehrer[1]), welche die Erstattung der Proceßkosten nicht als eine Entschädigung, sondern als Strafe betrachten, bejahen diese Frage in Beziehung auf die Rechtsregel: qui non habet in aere, luat in corpore. Im römischen Gesetzbuche kommt freilich die Verurtheilung in die Proceßkosten unter der Rubrik: *poena* temere liti-

1) Leyser Spec. 88. m. 9. Emmrich über die Proceßkosten, §. 73.

litigantium vor, und verschiedene unserer Proceßordnungen m) haben ebenfalls die Ueberschrift: von der Strafe der muthwillig Streitenden. Allein aus dem bloßen Ausdrucke „poena“ läßt sich nicht folgern, daß darunter eine eigentliche Strafe, ein Strafmittel, zu verstehen ist n). Die römischen Gesetze reden auch von einer *poena* secundar. nuptiarum, aber noch Niemand hat behauptet, daß dabey der eigentliche Begriff einer Strafe durchgehends anzuwenden sey. Der Natur der Sache nach ist die Erstattung der Proceßkosten blos eine Entschädigung, die ein Theil von dem andern fordert. Damit stimmt auch die Vorschrift der Oberappellationsgerichtsordnung o) überein, worin es heißt: daß dadurch der obsiegende Theil sich seiner schweren Unkosten und Auslagen, auch zugezogenen Verdrusses halber, ziemlich erholen möge. Eine eigentliche Strafe, wodurch die Freiheit des Sachfälligen eine Zeit lang beschränkt würde, kann aber für den obsiegenden Theil kein Entschädigungs- und Erholungsmittel seyn, und er ist daher nicht befugt, eine Gefängnißstrafe zu fordern, wenn von jenem die Proceßkosten, aus Armuth und Unvermögen, nicht beygetrieben werden können. Der bekannte Satz: qui non habet in aere, luat in corpore, ist übrigens bey der Vergütung der Proceßkosten gar nicht anwendbar; weil er eine dictirte Geldbuße, als Strafmittel, voraussetzt, die der Arme durch

m) Oberappellat.-Ger.-Ordn. Th. 2. Tit. 13. Zellesche Canzleyordn. Art. 32. Zell. Hofger.-Ordn. Th. 2. Tit. 36.

n) Weber über die Proceßkosten, §. 3 u. 4. Gönner Handbuch des Processes, B. 1. S. 313. Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes, §. 73.

o) a. a. O. §. 5. Fast eben so drückt sich die Zell. Canzl.-Ordn. a. a. O. darüber aus.

p) Grolmann Grundsätze der Criminalrechtswissensch. §. 121.

durch das Gefängniß oder auf andere Weise abzuverdienen hat p). Mit diesen Grundsätzen stimmt auch der Gerichtsgebrauch völlig überein, und der Calenbergische Senat des Oberappellationsgerichts erkannte am 5. Oct. 1801, in Sachen Plunk w. Heims in pto. injuriarum: Nachdem bey den eintretenden und in actis liegenden Umständen die Imploratin, wenn solche die ihr rechtskräftig auferlegte Kostenerstattung zu beschaffen nicht im Stande seyn sollte, deßhalb mit einer Gefängnißstrafe, den Rechten und Proceßordnungen nach, keinesweges zu belegen ist — so stehet dem Gesuche des Imploranten nicht zu deferiren.

Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn das Gericht selbst die Partey oder deren Rechtsbeystand, wegen Mißbrauchs der richterlichen Hülfe, in eine Geldbuße überhin verurtheilt. Unsere Proceßordnungen q) weisen die Richter ganz bestimmt an, den Sachfälligen, der wider bessere Ueberzeugung unredlich gestritten, oder muthwillig durch sonst zulässige Rechtsmittel die Sache verschleppt und überhaupt die richterliche Hülfe widerrechtlich gebraucht hat, als Chicaneur zu behandeln, und an seinem Vermögen, oder auf andere Weise, zu bestrafen. Ist in solchen Fällen der muthwillige Streiter, dessen Streitlust der Richter durch eine Geldbuße ahnden mußte, unvermögend, sie zu bezahlen; alsdann ist der Satz: qui non habet in aere, luat in corpore, vollkommen zutreffend r).

q) O.A.G.Ordn. a.a.O. und Tit. 14. §. 2 u. 3. Zell. Canzl.- und Hofger.-Ordn. a. a. O.

r) von Bülow über die Verfassung des Oberappellat.-Gerichts, Th. 1. S. 295.

L. Erörterung.

Der Gerichtsherr ist nicht immer verbunden, den Schaden zu ersetzen, welchen sein Beamter bey Ausübung der Rechtspflege aus Vorsatz, Unachtsamkeit, Uebereilung oder Nachlässigkeit verursacht hat.

Ein jeder Gerichtsherr, es sey der Regent selbst oder ein Privatmann, hat unstreitig die Verbindlichkeit auf sich, die Richterstellen nur mit solchen Männern zu besetzen, welchen die Rechtspflege ohne Gefahr anvertrauet werden kann*). Es ist daher die Pflicht des Gerichtsherrn, die Beamten- Gerichtshalter- und Actuarien-Stellen nur solchen Subjecten zu übertragen, welche die ihnen obliegenden obrigkeitlichen und richterlichen Geschäffte völlig ausfüllen können und wollen. Zu dem Ende ist eine gehörige Prüfung ihrer Eigenschaften und Fähigkeiten erforderlich. Erhält der Gerichtsherr dadurch die Ueberzeugung von den nöthigen Rechtskenntnissen, Fähigkeiten und Eigenschaften des anzustellenden Subjects, überträgt er darauf demselben die Ausübung der Gerichtsbarkeit, und läßt ihn auf die Justiz-

*) Ueber Dienstinstructionen für die Verwalter der Patrimonialgerichtsbarkeit s. m. Runde Beytr. zur Erläuter. rechtl. Gegenstände, B. 2. Nro. 1.

Justizpflege beeidigen; so ist der Beamte als öffentlicher und Staatsdiener zu betrachten, und der Gerichtsherr hat seine Obliegenheiten, bey der Wahl und Bestellung des Justizbeamten, vollkommen erfüllt s). In das Innere eines angestellten Richters, oder in die Zukunft mit Gewißheit zu sehen, vermag Niemand, und eben daher hat auch der Landes- oder Patrimonialgerichtsherr für dasjenige, was in der Folge von seinem Justizbeamten geschiehet, weder zu haften, noch dessen, aus Vorsatz, Versehen und Nachlässigkeit, begangene Handlungen zu vertreten t). Der Gerichtsherr kann unmöglich jedes Versehen und Verschulden seines Justizbeamten im Voraus verhüten oder abwenden, und es ist also weder ein Rechts- noch Billigkeitsgrund vorhanden, welcher ihn verpflichten könnte, den aus Vorsatz oder Versehen seines Beamten verursachten Schaden auch nur in subsidium zu erstatten. Aus dem landesherrlichen Aufsichts- und Bestrafungsrechte über die Justizbeamten u) folgt keine

s) Runde a. a. O. §. 13. Bischoff Handb. der teutschen Canzley-Praxis, Th. 2. §. 87 ff.

t) Die Patrimonialrichter gehören ebenfalls unter die Zahl der Staatsdiener. Runde teutsch. Privatrecht, §. 706. Bischoff a. a. O. §. 69. Ist von dem Gerichtsherrn bey Anstellung seines Gerichtshalters oder Actuarius die Vorschrift der Landesordnung vom 1. Aug. 1798, wegen Ansetzung der Justitiarien bey den Patrimonialgerichten, gehörig befolgt; so hat er für dessen Fehler und Versehen, die der Justitiarius als Richter begehet, nicht zu haften. Bestellt der Gerichtsherr aber für sich allein die Gerichtshalter, und beobachtet er dabey die Vorschrift jener Verordnung nicht; alsdann muß er billig für dasjenige haften, was von seinem Justitiarius geschehen und dessen Handlungen vertreten. M. s. Glück Erläuterung der Pandecten, §. 208.

u) Bischoff a. a. O. §. 75 ff.

keine Verpflichtung zum Schadensersatz; vielmehr sind die Parteyen, welche sich durch eine richterliche Handlung und Verfügung verletzt zu seyn glauben, verbunden, ihre Beschwerden dem nächsten Oberrichter vorzutragen, und um deren Abstellung zu bitten. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts kann auch blos der Richter von der Partey in Anspruch genommen werden, welcher er aus Vorsatz, grober Fahrlässigkeit, oder nur aus Unachtsamkeit und Uebereilung, in der Verwaltung der ihm anvertraueten Justizpflege, einen Schaden zugefügt hat x).

Indeß giebt es doch allerdings Fälle, wo der Gerichtsherr subsidiarisch verbunden ist, den Schaden zu erstatten, welchen sein Justizbeamter veranlaßt hat. Insonderheit tritt diese Verbindlichkeit ein, wenn

erstlich der Gerichtsherr, oder das dessen Stelle vertretende Collegium, gleich anfangs und ohne genugsame Prüfung einem unfähigen untauglichen Manne ein Richteramt anvertrauet; oder wenn er ihm dasselbe, bey kundgewordener Untüchtigkeit, dennoch ferner läßt; oder endlich gar das Versehen und die Verschuldung des Richters gut heißt und billigt. In allen diesen Fällen hat sich der Gerichtsherr selbst einer Nachlässigkeit schuldig gemacht; er ist gewissermaßen selbst Theilnehmer an dem Versehen, der Fahrlässigkeit oder Unwissenheit seines Beamten, und daher unstreitig verpflichtet, den veranlaßten Schaden seines, nicht zahlungsfähigen, Justizbedienten der Partey zu ersetzen y). Ferner ist

zwei-

x) L. 15. §. 1. D. de judiciis. L. 6. D. de extraord. cognit. Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 12. Pufendorf de culpa P. 7. c. 2. §. 6. Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. Nro. 124. u. Th. 5. Nro. 123.

y) Stryk de obligatione principis ex facto ministri cap. 3. nro. 74 seqq. Kreſſ de jure officiorum et officialium

zweitens der Gerichtsherr schuldig, für die von seinem Beamten untergeschlagenen, vergriffenen und veruntreueten Depositengelder in subsidium zu haften z). Die Aufbewahrung der gerichtlichen Depositen ist nicht wesentlich, sondern blos zufällig, mit dem öffentlichen Richteramte verbunden, und die deponirte Sache braucht an sich nicht gerade im Gerichte selbst aufbewahrt zu werden a). Bey der Deposition setzt man aber sein ganzes Vertrauen nicht allein auf den Richter, sondern vorzüglich auf den Landes- und Gerichtsherrn b). Diesem liegt die specielle Aufsicht über das Depositenwesen ob; er kann die Untreue des Beamten durch gehörig anzustellende Visitationen verhüten, und sich von demselben, für die Sicherheit der Depositengelder, Caution bestellen lassen; er erläßt die Verordnungen über das Depositenwesen, beziehet die vacanten Deposita und hin und wieder auch die Depositionsgebühren. Aus allen diesen Rücksichten kann sich daher der Landes- und Gerichtsherr der Verbindlichkeit nicht entziehen, die von seinem, nicht zahlungsfähigen, Beamten vergriffenen oder untergeschlagenen Depositengelder zu erstatten.

Ein ganz anderer Fall ist es aber, wenn der Richter die Depositengelder nicht untergeschlagen oder vergriffen, sondern z.B.

p. 93. von der Becke von Staatsämtern und Staatsdienern. S. 173.

z) Strube rechtl. Bedenk. Th. 2. B. 85. Overbecks Meditationen für Rechtsgelehrte, B. 7. S. 240.

a) Depositenordnung v. J. 1737, §. 1. Repertorium des gesammten positiven Rechts, voc. Deposition, §. 7.

b) Nach der Depositenordnung v. J. 1737 §. 15 und dem Cammerausschreiben vom 15. Oct. 1767, stehet das Amtsdepositenwesen der Königl. Aemter unter der besondern Aufsicht des Cammercollegii.

z. B. an einen nicht gehörig legitimirten oder jüngern Gläubiger, der im Concurse nicht zur Hebung kommen konnte, oder nur an einen Miterben, ohne Caution und Vollmacht der übrigen Erben u. s. w. ausgezahlt hat c). In diesen und ähnlichen Fällen findet gar kein Regreß wider den Gerichtsherrn Statt, da derselbe die Verabfolgung des depositi weder versagen, noch untersuchen konnte, ob sie auch mit der gehörigen Vorsicht geschehen sey. Der Richter selbst handelt in solchen Fällen nicht als Depositar treulos d), sondern es kann ihm blos als Richter eine Nachlässigkeit und Mangel an pflichtmäßiger Sorgfalt vorgeworfen werden, welche aber der Gerichtsherr weder zu verantworten, noch zu vertreten nöthig hat. Diesem gemäs ist auch vom höchsten Tribunale am 12. November 1801 gesprochen, in Sachen Morisse w. von Bremen, als Mandatar. Rudorffscher Gläubiger.

c) M. vergleiche Pract. Erörterungen, B. 3. Nro. 37.
d) Gönner jurist. Abhandl. Th. 2. Nro. 44.

LI. Erörterung.

Ob ein Gerichtshalter in derselben Sache, worin er als Richter ein Erkenntniß abgegeben hat, in den höhern Instanzen dem Appellaten als Advocat bedient seyn kann?

Einer durchaus unparteiischen Rechtspflege würde es zuwider seyn, wenn Jemand in einer Sache, worin er dem einen oder andern Theile, vor Uebernahme des Richteramtes, als Advocat bedient gewesen ist, das Erkenntniß fällen dürfte. Im allgemeinen müßte man die völlige Unbefangenheit eines solchen Richters bezweifeln und wenigstens besorgen, daß er nach seiner vorgefaßten Meinung das Urtheil sprechen werde. Wenn also auch die positiven Gesetze e) über diesen Fall nichts enthielten, so könnte doch, schon aus den angeführten Rücksichten, keinem Gerichtshalter es gestattet werden, in der Sache ein Urtheil zu sprechen, worin er, vor der Annahme des Justiziariats, der einen oder der andern Partey als Advocat gedient hat.

Ganz verschieden ist jedoch hiervon der Fall, wenn ein Gerichtsverwalter zur Vertheidigung des von ihm in der ersten Instanz gesprochenen Urtheils, dem Appellaten in den höhern Instanzen

e) L. 17. D. jurisdict. L. 14 C. de assessor. Klaproth Einleitung in den ordentlichen Proceß, §. 72.

stanzen dient. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen dieses bedenklich finden, und aus dem Grunde nicht gestatten, weil der Gerichtsverwalter, wenn die Acten remittiret würden, Richter und Advocat zugleich gewesen wäre f). Aber dieser Grund greift nicht durch, da dem Unterrichter in den höhern Instanzen überall keine Cognition und Entscheidung zustehet. Sein Urtheil wird entweder vom Oberrichter bestätigt oder abgeändert. Ist jenes der Fall, so kann er nicht weiter aus Vorliebe für seine Meinung sprechen, weil sie auch die rechtliche Meinung des Richters der höhern Instanzen war; ist aber dieses, alsdann hat er, wenn die Acten zurückgehen, nicht seine Sentenz, sondern das Erkenntniß des Oberrichters zu befolgen und zu vollstrecken. Es behaupten daher die meisten practischen Rechtsgelehrten g), daß es dem Richter der untersten Instanz erlaubt sey, dem Appellaten in den höhern Instanzen als Advocat zu dienen; und die Zellesche Justizcanzley erwog solches in Sachen Grote g. Verse, pto. Sterbehabers, in welcher Rechtssache der Grotesche Gerichtshalter zu Schnega zur Vertheidigung seines Urtheils in der Appellationsinstanz patrocinirte.

f) L. 6. C. de postulando. Klaproth a. a. O.

g) Glück im Commentar §. 364.

LII. Erörterung.

Erkenntnisse, welche ein unbeeidigter Gerichtsverwalter abgegeben hat, sind in der Regel null und nichtig.

Nicht blos die gemeinen Rechte, sondern auch unsere Landesgesetze, machen es den Gerichtsherren zur besondern Pflicht, die Gerichtshalter- und Actuarien-Stellen nur mit solchen Subjecten zu besetzen, welche wegen ihrer Rechtskenntnisse und ihres Lebenswandels fähig sind, den ihnen obliegenden obrigkeitlichen Geschäften mit Nutzen vorzustehen h). Ist der Gerichtsherr bey der Wahl nicht vorsichtig zu Werke gegangen, so setzt sich derselbe nicht blos Verantwortungen aus, sondern er hat auch für die nachtheiligen Handlungen seines unfähigen Gerichtshalters am Ende selbst zu haften i).

h) Verordnung vom 1. Aug. 1798, die Ansetzung der Justitiarien betr. In derselben wird nicht bestimmt, daß das Subject, worauf die Wahl fällt, drei Jahre die Rechte studirt haben muß, und es läßt sich daher die Verordnung vom 20. Sept. 1771, wonach das triennium academicum beobachtet werden soll, um so weniger auf die Justitiarienstellen ausdehnen, als das letztere Gesetz nicht mit Zuziehung der Stände gegeben und auf solche Bedienungen eingeschränkt ist, welche von der Nomination des Landesherrn abhängen.

i) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts, Th. 4. S. 376. Green de obligatione domini jurisdict. ad praestanda facta Actuarii. Lipf. 1790.

Jeder Patrimonialrichter muß bey dem Antritte des Dienstes auf sein Richteramt und auf die Führung der Protocolle, als Actuarius, förmlich beeidigt seyn k). Ist die eidliche Verpflichtung desselben unterblieben, so bleibt alles, was er als Richter unternommen hat, durch sich selbst null und nichtig. Auf diesen, aus der Unfähigkeit eines Richters, entstehenden Mangel, hat der Oberrichter von Amtswegen zu sehen, und er kann das ganze Verfahren des unbeeidigten Patrimonialrichters als nichtig cassiren, oder den Parteyen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen dergleichen nichtige Verhandlungen und Erkenntnisse ertheilen.

Eine Ausnahme tritt aber alsdann ein, wenn der unbeeidigte Justitiarius beständig von Jedermann für den ordentlich bestellten Richter ist gehalten worden. In einem solchen Falle erfordert es das gemeine Beste, die gerichtlichen Handlungen und Erkenntnisse desselben gelten zu lassen; weil sonst viele Streitigkeiten von neuem wieder in Gang gebracht werden könnten, wobey sich die Parteien längst beruhigt hatten. Die Gesetze l) wollen daher, daß die von einem vermeintlichen Richter gefällten Urtheile bey Kräften bleiben sollen. Es verstehet sich indeß von selbst, daß dieses nicht von solchen Erkenntnissen gelten kann, welche contra jus in thesi anstoßen, oder aus einem besondern Grunde keine Rechtskraft zulassen m).

k) Verordnung vom 1. Aug. 1798. L. 14. pr. C. de judiciis, und Auth. hodie jurant eod.

l) Der Praetor putativus, Barbarius Philippus, gab hierzu Veranlassung. L. 3. D. de Officio Praetorum. Stryk in usu moderno Lib. 1. Tit. 14. § 3.

m) Klaproth im Processe §. 348.

LIII. Erörterung.

Forstgrund, Forsterweiterung, Anflug.

Unter dem Forstgrunde verstehet man gewöhnlich den Theil des Grund und Bodens, der entweder durch die Natur selbst, oder durch künstliche Bearbeitung, ehedem oder gegenwärtig, mit Holz, von welcher Art es sey, besetzt gewesen, oder es noch ist. Als Gegensatz kommen alle diejenigen Theile des Grundeigenthums in Betrachtung, welche zu andern Zwecken bestimmt sind, z. B. zu Ackerland, Wiesen, Gärten, Weide, Torfstich u. s. w. n).

Um zu bestimmen, worin eigentlich wahre Erweiterungen des Forstgrundes bestehen, muß man diejenigen Gehölze, welche bestimmte Grenzen haben, von denen unterscheiden, welche mit keinen bestimmten Grenzen versehen, mithin bisher unbegrenzt geblieben sind. Bey den erstern ist alles dasjenige für eine Erweiterung des Forstgrundes zu halten, was über die vorgezeichneten Grenzen hinausgehet; bey den letztern kann man hingegen nur das als eine wahre Forsterweiterung ansehen, was so neuerlich angeflogen, oder durch Cultur zum Gehölze eingerichtet ist, daß der allmälige Anflug oder die gemachte Anlage, ihrem Anfange nach, erwiesen werden können.

Wenn

n) Oeconomia forensis Tom. 8. §. 1100 ff.

Wenn, insonderheit bey Nadelgehölzen, dadurch, daß der Saamen am Saume oder Rande des Gehölzes durch den Wind ausgestreuet und der Umfang des Gehölzes dadurch nach und nach vergrößert wird, Tannen oder Fuhren aufwachsen; so pflegt man diesen jungen Aufschlag den Anflug zu nennen. Dabey wird nun öfters über die Frage gestritten: wem solcher Anflug zugehört? Ist derselbe auf dem unstreitigen privativen Grund und Boden eines Privatmannes oder einer Commune aufgeschlagen; so gehört der Anflug ohne Zweifel dem Eigenthümer des Grund und Bodens, worauf er befindlich ist, allein zu, ohne alle Rücksicht auf die umliegenden Forsten. Ist hingegen der Anflug in der Haide, unmittelbar an den alten herrschaftlichen Holzungen, oder in einiger Entfernung von denselben aufgeschlagen; alsdann ist derselbe der Landesherrschaft zuzusprechen, und er muß den Amtshölzungen beygezählt werden o). Zwar kann die Landesherrschaft das Eigenthum des in der Haide aufgeschlagenen Holzes, weder aus dem Grunde einer Forstherrschaft über die benachbarten Gehölze, noch daher behauptet: weil die Haiden, wenn sie nicht ursprünglich Forstgrund oder, was einerley ist, erweislich ein Theil der alten Holzungen gewesen sind, jedesmal im Zweifel für Forstgrund zu achten wären. Der wahre Grund dazu liegt vielmehr darin, daß die, von keinem privato occupirten, Haiddistricte sich in dem Eigenthume des Landesherrn befinden p).

o) Forstordnung v. J. 1665. §. 63. in corp. Const. Luneb. cap. 8. p. 17.

p) pract. Erörterungen B. 2. Nro. 27. Jacobi Beschäftigungen mit Gemeinheitstheilungs-Materien, Nro. 5.

LIV.

LIV. Erörterung.

Von Forstdiensten.

Diejenigen Dienstleistungen, welche die Unterthanen zur Cultur oder Benutzung gewisser Gehölze zu leisten verpflichtet sind, werden Forstdienste genannt. Sie können, wie andere Frohndienste, Hand- oder Spanndienste, gemessene oder ungemessene seyn, und sie haben überhaupt mit den übrigen Bauerndiensten einerley Grund. Was nach dem Dienstcontracte oder dem Herkommen *) mit Sicherheit angenommen werden kann, giebt die nächste Entscheidungsquelle bey entstandenen Streitigkeiten über die Forstdienstpflicht. Hierbey verdient die Frage aufgeworfen und erörtert zu werden: Ob und in wie weit geständige ungemessene q) Forstdienste, wenn der Forstgrund erweitert ist, auch mit auf den Zuwachs der Forsten zu erstrecken sind? Ist

erstlich

*) Die Amtsordnung v. J. 1674. §. 24. sagt ausdrücklich: daß die Beamten, in Bestellung der Dienste, dem unstreitigen Herkommen folgen und dahin sehen sollen, daß die Unterthanen wider Recht und Billigkeit nicht beschweret werden.

q) Unter den ungemessenen Diensten überhaupt, und so auch unter den ungemessenen Forstdiensten, hat man sich aber keine solche zu denken, deren Gebrauch durchgehends nach der bloßen Willkühr des Dienstherrn zu bestimmen, und davon allein abhängig

erstlich die Rede von künstlicher Erweiterung des Forstgrundes, durch neue Anlagen von Schonungen und Besaamungen, so kann selbst die ungemessene Forstdienstpflicht in der Regel nicht darauf erstreckt werden. Die ungemessenen Frohndienste sind entweder aus einem Vertrage, oder aus einem langjährigen Besitze, aus der Verjährung herzuleiten. In jenem Falle ist die künftige Erschwerung der Dienste, durch Vergrößerung des Forstgrundes, ad incogitata des Dienstmannes zu rechnen; weil man nicht annehmen kann, daß er sich auch dazu hat verbindlich machen wollen; wenigstens hätte der Diensthert deutlicher reden sollen und müssen. In dem andern Falle muß die Regel eintreten: tantum praescriptum, quantum possessum. In jedem besondern Falle liegt daher dem Dienstherrn der Beweis ob, daß die Dienste an dem vergrößerten oder erweiterten fundo dominanti, vermöge ausdrücklicher Verabredung geleistet werden müssen,

hängig sey. Sie müssen, wie jede andere Verpflichtung, ihre Grenzen haben. Runde teutsch. Privatrecht §. 500. Danz Handb. §. 500. Sind die Dienste blos in Rücksicht der Quantität, an Zeit, Zahl und Ort, ungemessen, so sind sie es darum nicht unbedingt auch in Absicht der Qualität. Kind quaest. forenses Tom. 1. p. 275. Wenn daher die Dienstpflichtigen, vermöge Vertrages oder rechtsgültigen Herkommens, nur zu einer gewissen Gattung ungemessener Forstdienste, z. B. zu Spanndiensten verbunden, gewesen sind; so kann sie der Forstherr, wenn ihm dieselben, wegen veränderter Forstcultur, etwa unnütz werden, nicht einseitig in Handdienste umändern, oder nun letztere, aus dem Grunde einer ungemessenen Dienstpflicht, fordern; weil sodann nicht von der alten und schuldigen, sondern von einer ganz neuen Gattung des Forstdienstes die Rede ist. Hiernach ist auch vom höchsten Tribunale am 20. Jun. 1801 gesprochen, in Sachen Anwaldes des Forstamts Gifhorn w. die Eingesessenen zu Röttgersbüttel, pto. Dienste.

müssen, oder von den Dienstpflichtigen, binnen rechtsverjährter Zeit, abgeleistet sind r). Wenn aber

zweitens die Erweiterung des Forstgrundes blos von der Natur selbst und zwar dadurch geschiehet, daß der Saamen durch den Wind ausgestreuet, und mithin das Gehölze, durch Anflug, nach und nach vergrößert ist; so wird die Entscheidung der obigen Frage zweifelhafter. Daß die ungemessene Dienstpflicht sich auf das incrementum latens fundi dominantis per alluvionem mit erstreckt, hat keinen Zweifel. Ein solcher Anwachs und Ansatz wird in den Gesetzen durchgehends als ein von dem auf die Art vergrößerten fundo, gar nicht abgesonderter Theil, sondern als ein pars integrans fundi dominantis angesehen, z. B. bey der Wasserleitungsgerechtigkeit s). Könnte man also die Vergrößerung eines Gehölzes, durch dergleichen natürlichen Zuwachs und Anflug, nach den, von Alluvionen geltenden, Grundsätzen beurtheilen, so würde auch darauf die ungemessene Dienstpflicht mit erstreckt werden müssen, weil der Anwachs eben dieselben Rechte hat, welche dem fundo selbst zustehen. Indeß läßt sich von einem Zuwachse durch Alluvion überall nicht auf die Vergrößerung eines Gehölzes durch die Verwehung des Saamens schließen. Dadurch wird der Grund und Boden, wie bey der Alluvion geschiehet, nicht nach und nach unmerkbar angesetzt. Der Grund und Boden war schon vor dem Anfluge vorhanden; die Oberfläche desselben bekommt blos dadurch eine veränderte Gestalt, indem da, wo vorhin nur Anger, Haide u. s. w. war, jetzt junge Bäume aufgeschlagen sind. Wenn daher der Platz, wo durch natürliche Besaamung junges Holz aufwächst, nicht selbst Forstgrund ist, so

r) a Pufendorf Tom. I. Obs. 121. §. 7.

s) L. 3. §. 2. D. de aqua quotid. Westphal de libertate et servitut. praedior. §. 176.

so kann er es durch den bloßen Anflug nicht werden; vielmehr behält ein solcher Ort dieselben activen und passiven Rechte, welche demselben vor der erfolgten natürlichen Besaamung anklebten. Hieraus folgt aber von selbst, daß die, bey dem alten Forstgrunde hergebrachte, ungemessene Forstdienstpflicht, auf solche Erweiterungen und Vergrößerung der Gehölze durch Anflug, so lange nicht erstreckt werden darf, bis der Dienstherr erwiesen hat, daß auch dabey die Forstdienste binnen rechtsverjährter Zeit geleistet sind, oder vertragsmäßig geleistet werden müssen. Nach diesen Grundsätzen erkannte die Zellesche Justizcanzley am 23. May 1789, in Sachen der herrschaftl. Gutsleute in der Amtsvoigtey Hermannsburg w. den Anwald der gedachten Amtsvoigtey, wegen Forsterweiterung: „Weil, in Absicht des ersten Klagpunctes, der Imploranten Verpflichtung zu ungemessenen Forstdiensten blos auf den alten Forstgrund einzuschränken ist, und daher, daß die auf einem, vorhin nicht zu solchem gerechneten, der Landesherrschaft eigenthümlich zustehenden, nahe an die Forsten stoßenden, oder weiter davon entfernten, Grund und Boden durch Anflug oder Cultur aufwachsenden Bäume dem Eigenthume des Bodens folgen, auf eine Erweiterung der Dienstpflicht der Imploranten, Behuf solcher neuen Gehölze, kein Schluß geleitet werden mag; mithin dieselben, bey des Imploraten Ableugnung einer Diensterschwerung durch Forsterweiterung, zu dem anerbotenen Beweise durch den Augenschein, die Vergleichung des jetzigen Zustandes mit den ältern Forstbeschreibungen und Zeugenführung, vor einer zu solchem Zwecke erbetenen Commission, dahin billig zuzulassen, daß sie rechtlicher Gebühr darthun: wie bey denen Forstrevieren, dabey sie bestimmte Grenzen erweislich zu machen vermögen, das Gehölze sich jetzt über solche hinaus erstrecke; bey denen aber, welche nicht bestimmt begrenzt sind, der von Imploranten für eine Erweiterung ausgegebene Anflug auf einem Platze befindlich, welcher seit Menschendenken annoch ein nicht mit Holz bewachsener Haideort gewesen, daß daher,

wenn

wenn Implorat sich wegen eines vorzuschlagenden Mitcommissarii und des, in Ansehung der vorgeblichen Forsterweiterung, oder einer seit deren Entstehung dabey rechtlicher Gebühr hergebrachten Dienstpflicht der Imploranten, zu führenden Gegenbeweises binnen einer Präjudicialfrist von 6 Wochen erklärt haben wird, wegen Anordnung der Commission fernere rechtliche Verfügung und darauf weiter was Recht ergehen solle." — Dieses Erkenntniß ist darauf in der Appellationsinstanz vom höchsten Tribunale, mittelst Urtheils vom 20. Dec. 1794, lediglich bestätigt worden.

LV. Erörterung.

Ob die Anzahl des Viehes, welches auf die gemeine Dorfsweide getrieben werden darf, im Fürstenthum Lüneburg lediglich nach dem Fuße der Landcontribution zu bestimmen sey?

Es ist eine sehr gemeine Behauptung, daß die Zahl des, von den verschiedenen Dorfseingesessenen zu haltenden, Viehes, welches sie als Interessenten auf die gemeine Hut und Weide treiben, nach dem Landcontributionsfuße bestimmt werden müsse, und daß jedes andere Verhältniß landesverfassungs- und observanzwidrig, mithin als ein eingeschlichener Mißbrauch zu verwerfen sey. Eine genauere Erwägung der Sache ergiebt indeß, daß dieser Grundsatz der Landesverfassung und Observanz

 durch-

durchaus nicht gemäs, vielmehr den Landesgesetzen und dem Herkommen entgegen ist.

Alle Landesverordnungen, welche wegen der Viehcontribution und des Viehschatzes ergangen sind, zeigen es, daß der Viehbestand der Dorfseinwohner und Gemeindeglieder nicht nach dem Fuße der Landcontribution hat bestimmt werden sollen. In der Verordnung t) vom 10. Jun. 1687, §. 6, ist für jedes Amt und Dorf, wegen der jährlich sich verändernden Anzahl des Viehes, eine gewisse, alle Jahr unveränderlich zu versteuernde, Summe bestimmt und zugleich festgesetzt: daß solche im Amte und in jedem Dorfe von den Einwohnern unter sich wiederum subrepartirt werden sollte. Diese Subrepartition soll aber nicht nach dem Fuße der Contribution von Ländereyen und Wiesen, sondern danach: wie viel jeder Dorfseingesessene wirklich an Viehe hat, eingerichtet werden. Wäre es nun blos erlaubt worden, nur eine gewisse Viehzahl, nach dem Fuße der Landcontribution, zu halten, so würde die jährliche Veränderung des Viehstapels auf die Erlegung des unveränderlich festgesetzten Viehschatzquanti nicht den geringsten Einfluß gehabt haben. Noch bestimmter ergiebt aber das allgemeine Ausschreiben u) vom 20. Dec. 1687, daß das Verhältniß des zu haltenden Viehes nicht nach dem Fuße der Landcontribution, oder nach der Quantität des zu jedem Hofe gehörenden Landes, hat abgemessen werden sollen; weil sonst die Frage: wie es zu halten, wenn einem Dorfe ein höheres Viehquantum zugeschrieben worden, als es wirklich an Viehe hat? wohl nicht füglich hätte entstehen, am wenigsten aber dahin entschieden werden können, daß das fehlende Quantum auf alles im Dorfe vorhandene Vieh zu

t) in corp. Const. Luneb. cap. 6. p. 16 u. 265.
u) ibidem cap. 6. p. 25.

zu repartiren sey. Denn hätte man blos auf den Contributionsfuß sehen wollen, so würde der Beytrag weder ungewiß geworden, noch dem guten Hauswirthe, der so viel Vieh hat, als er nach dem Contributionsfuße halten dürfte, mit Billigkeit anzumuthen gewesen seyn, für den schlechten, weniger Vieh haltenden, Hauswirth zu bezahlen; vielmehr hätte der letztere dasjenige selbst zuschießen müssen, was ihm an dem, nach dem Landcontributionsfuße zu haltenden, Viehe ermangelte. Man hat also wohl überall nicht die Absicht gehabt, Jemanden an ein gewisses Viehquantum zu binden, im Gegentheil die Vermehrung des Viehstapels x) zu befördern gesucht, und überhaupt die Viehcontribution und den Viehschatz nicht als eine Land- und Grundsteuer, sondern als eine Gewerbesteuer betrachtet, und nach der letztern das fehlende Viehschatzquantum auf alles wirklich vorhandene Vieh zu repartiren verordnet. Die Regulirung der gemeinen Weidebenutzung, nach dem Fuße der Landcontribution, ist daher weder den bisherigen Landesgesetzen, noch dem Landesherkommen gemäs. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts befindet sich aber die gemeine Weide im Eigenthume der ganzen Universitas, und die einzelnen Gemeindeglieder sind nicht pro rata Eigenthümer derselben y). Vermöge des allen Gemeindegliedern zustehenden Benutzungsrechtes hat jeder einzelne Interessent die Befugniß, sein Vieh auf die gemeine Weide zu treiben, und seinen Viehstapel in so weit zu vermehren, als den übrigen Miteingesessenen dadurch kein Nachtheil zugefügt wird. Nur alsdann, wenn durch die Vergrößerung des Viehbestandes einzelner Gemeindeglieder die gemeine Dorfs- oder Stadtweide übertrieben, und dadurch dem Viehe, welches die andern Mitinteressenten, Behuf

x) Verordn. vom 10. Jun. 1687. §. 6.

y) Runde Beyträge zur Erläuterung rechtl. Gegenstände, B. 1. Nro. 1. §. 11 u. 12.

Behuf ihrer Bedürfnisse, bisher rechtsgültig gehalten haben, die nöthige Nahrung entzogen wird, findet von Seiten der ganzen Commune oder den übrigen Eingesessenen ein gegründeter Widerspruch Statt. Von der Vertheilung der sonstigen Gemeindelasten und Abgaben, nach dem Fuße der Landcontribution, kann man daher nicht auf das Hut- und Weiderecht schließen, oder die Benutzung und Betreibung der gemeinen Weide, nach eben diesem Fuße, abmessen wollen, wenn über die Zahl des aufzutreibenden Viehes nichts durch Verträge, res judicatas, oder rechtsgültige Observanz an einem Orte festgesetzt ist.

LVI. Erörterung.

Ob Niemand mehr Vieh auf die gemeine Weide zu treiben berechtigt ist, als er von seinen eigenen, zur Dorfsflur gehörenden, Ländereyen durchwintern kann?

Der Grundsatz: daß nur dasjenige Vieh, welches mit eigenem, in der Feldmark selbst gewonnenen, keinesweges aber mit erkauftem, oder anderswoher geschafftem Futter, durchgewintert wird, auf die gemeine Weide getrieben werden darf, ist, unter gewissen Einschränkungen, in der Natur der Sache allerdings gegründet z). Unstreitig trifft dieses Principium alsdann völlig ein, wenn das Weiderecht als eine Servitus praedii rustici erscheint, und die Zahl des vorzutreibenden Viehes nicht bestimmt ist; weil hierbey allezeit die Vermuthung gilt, daß die Constitution der Weideservitut eine Folge des Bedürfnisses und des Mangels an eigener Hut und Weide war, und mithin darf sie auch nicht mit mehr Vieh behütet werden, als man wirklich auf dem Hofe haben und von den dazu gehörigen Aeckern

z) Habn de jure pascendi §. 11. Allgem. Landrecht für die Preuss. Staaten, Th. 1. Tit. 22. §. 90 ff. Oeconomia forensis erstes Hauptst. §. 20. Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. S. 300.

Aeckern und Wiesen im Winter durchfüttern kann a); wenn die Hütungsservitut nicht etwa einem, mit gar keinen Ländereyen versehenen, Hause erworben ist. Aber bey dem Hut- und Weiderechte, welches den Bürgern, oder den Dorfs- und Gemeindegliedern, auf ihrer gemeinen Dorfs- oder Stadtweide zustehet, findet dasselbe keine Anwendung. Die Bürger besitzen bey ihren Häusern gewöhnlich nicht das geringste Viehfuttertragende Land, und sie können mithin ihr Vieh von keinen in der Stadtfeldmark gelegenen Ländereyen durchgehends auswintern. Demungeachtet haben sie ohne Zweifel, als Mitglieder der Stadtgemeinde, Antheil an der gemeinen Bürgerweide; da sie die Hütung nicht als eine Weideservitut, sondern vermöge des, allen Gemeindegliedern daran zustehenden, Gebrauchsrechtes ausüben; und weil sie die bürgerlichen Lasten abtragen, so müssen sie auch, gleich andern bürgerlichen Vortheilen, an der Behütung der gemeinen Bürgerweide Antheil nehmen dürfen b). Auf gleiche Weise verhält es sich mit der gemeinen Dorfsweide. Der geringste Köther oder Brinksitzer hat, als Mitglied der Gemeinde, eben so wohl Theil an derselben, als der größte Vollhöfner. Sollte aber bey dem Weiderechte der Gemeindeglieder nur allein darauf gesehen werden, wie viel Vieh ein Gemeinde-Interessent von seinen eigenen Aeckern und Wiesen auswintern kann; so würde mancher Köther oder Brinksitzer alle Theilnahme an der gemeinen Dorfsweide-Benutzung verlieren müssen, weil sie oft so wenig eigenthümliche Ländereyen besitzen, um auch nur eine einzige Kuh, ohne welche doch ihr Haushalt nicht bestehen kann, davon durchzuwintern. Es kann daher

a) a Pufendorf Tom. IV. obs. 109. Münter in dem lesenswerthen Aufsatze: von der Koppelweide §. 4. in Hagemanns u. Günthers Archiv für die Rechtsgelehrs. Th. 4. S. 13 ff. Strampfer vom Hutrechte, §. 8 ff.

b) Struben rechtl. Bedenken, Th. 5. B. 142.

daher der Grundsatz der Durchwinterung von selbst gewonnenen Früchten auf eigenen in der Feldmark belegenen Ländereyen, bey gemeinen Stadt- und Dorfsweiden nicht zum Maßstabe genommen werden, um danach die Anzahl des auf die gemeine Weide zu treibenden Viehes zu bestimmen. Und hiernach ist auch in sehr vielen Fällen von den höhern Landesgerichten gesprochen worden c).

c) a Pufendorf Tom. IV. obs. 108. Mit Recht schränkt der Verfasser hier dasjenige ein, was er Tom. 1. obs. 123 von der Auswinterung des Viehes in Absicht der gemeinen Weide behauptet hatte. Ohnehin zeigt das angeführte Präjudicium, daß damals nicht von dem Rechte eines Gemeindegliedes, sondern von dem Weiderechte des von Lüneburg auf den Gemeinheiten sieben verschiedener Dorfschaften, mithin von Servituten die Frage war. Eben so wenig findet hier das Statt, was Struben Th. 3. B. 9, von dem Rechte, Tauben zu halten, anführt; denn die Feldtauben läßt der Eigenthümer nicht jure condominii auf die gemeinschaftlichen Aecker fliegen, sondern sie nähren sich meistens auf fremden Feldern.

LVII. Erörterung.

Die Anzahl des auf die gemeine Weide zu treibenden Viehes ist nach den Haushaltsbedürfnissen der verschiedenen Klassen der Gemeindeglieder zu bestimmen.

Da man weder den Fuß der Landcontribution noch das Auswintern von selbst auf eigenem Lande geärndtetem Futter für den Maßstab halten kann, wovon die Anzahl des von den verschiedenen Klassen der Gemeindeglieder auf die gemeine Weide zu treibenden Viehes zu bestimmen ist; so frägt es sich nun: nach welchem Grundsatze die Zahl des aufzutreibenden Viehes denn eigentlich zu reguliren sey? Hier läßt sich nun wohl kein besseres Principium annehmen, als das Verhältniß der Bedürfnisse. Freilich lassen sich dieselben fast niemals ganz genau ausmitteln. Jede Klasse der Dorfsmitglieder und Gemeindeinteressenten hat verschiedene Besitzungen, zu deren Cultur bald mehr, bald weniger Vieh, aller Art, erforderlich ist. Die Familien selbst sind groß und klein, mithin müssen die Bedürfnisse nicht blos verschieden, sondern auch sehr veränderlich seyn. Indeß läßt sich doch durch Orts- und Oeconomieverständige leicht ausfindig machen, wie viel die Haushaltsbedürfnisse eines Voll- eines Halbmeiers, eines Groß- eines Kleinköthers und eines bloßen Brinksitzers, nach einem Durchschnitte meh-

mehrer Jahre, wirklich erfordere, um nach solchen, in Rücksicht der gemeinen Weidebenutzung, ein Regulativ zu treffen*).

Dabey sind jedoch jedesmal folgende Einschränkungen vorauszusetzen:

Erstlich darf weder der große noch kleine Theilhaber mit Vieh aller Art die gemeine Weide betreiben, was er nicht Behuf seines eigenen Haushaltes nöthig hat. Vieh, welches zum Handel bestimmt ist, darf daher nicht aufgetrieben werden**).

Zwei-

*) Das Verhältniß der Bedürfnisse, bey Bestimmung der Zahl des aufzutreibenden Viehes, würde freilich arbitrair bleiben, wenn man dabey nicht auf einen Durchschnitt mehrerer Jahre sehen wollte. Verschiedene Rechtsgelehrten und practische Oeconomen wollen daher bey allen Weideinteressenten, welche Ländereyen und Wiesen besitzen, in sofern die Zahl des Weideviehes unbestimmt ist, das Durchwinterungsprincip, als Regel, und nur bey denen, die gar kein Land oder doch nur sehr wenig haben, das Verhältniß des Haushaltsbedarfs, als Ausnahme von der Regel, bey der Bestimmung der Zahl des auf die gemeine Weide zu treibenden Viehes zum Grund gelegt wissen. Das höchste Tribunal hat den Durchwinterungsfuß für den sichersten Grundsatz bey der Benutzung der gemeinen Weide erachtet, und nach solchem in vielen Fällen, besonders im Jahr 1777 in Sachen von Alten w. die Gemeinde zu Ricklingen, pto. juris pascenti, und am 6ten Jul. 1778 in Sachen der Gemeinde zu Weende w. den Anwald des Klosters Weende, pto. Theilung der Koppelweide, erkannt. Indessen hat jeder Grundsatz, welchen man hierbey annimmt, seine eigenen und besondern Schwierigkeiten, wie von Meyer über die Gemeinheitstheilung, Th. 1. §. 7 ff. und Jacobi über Gemeinheits-Theilungs-Materien, Hannover 1803, Nro. 7. gezeigt ist.

**) Hiernach hat das Tribunal am 14. Sept. 1801 gesprochen, in

Sachen

Zweitens darf ein jeder Interessent nur dasjenige Vieh auftreiben, was er Behuf seines Haushalts in dem Dorfe hält, wozu die gemeine Weide gehört. Hat er also in den benachbarten Feldmarken eigenthümlich oder pachtweise Pertinenzen, zu deren Cultur Pferde, Ochsen u. s. w. gehalten werden, so gehört das Vieh in die Feldmark, worin das Land befindlich ist;

drittens darf derjenige, welcher nicht so viel Land in der Feldmark hat, daß zu dessen Bewirthschaftung Pferde nöthig sind, auch seine Pferde, die er etwa z. B. als Frachtfuhrmann hält, nicht auf die gemeine Dorfsweide treiben. Wenn nun, unter den erwähnten Einschränkungen, die ganze Summe der Bedürfnisse aller Gemeindeglieder ausfindig gemacht ist d), so treten drei verschiedene Fälle ein. Entweder reicht die gemeine Weide gerade für so viel Vieh aus, als zu den Haushaltsbedürfnissen aller Interessenten erforderlich ist; oder sie ist dazu nicht hinreichend; oder sie ist endlich so groß und überflüssig vorhanden, daß mehr Vieh darauf Nahrung hat, als die nothwendigen Haushaltsbedürfnisse zu halten erfordern.

Im ersten und zweiten Falle ist eine öconomische Untersuchung des Gehaltes und der Beschaffenheit der gemeinen Hut und Weide und des für den Haushalt der sämmtlichen Interessenten nothwendigen Viehes erforderlich, um im erstern Falle einer jeden Klasse der Gemeindeglieder eine bestimmte Viehzahl jeder

Sachen der Dorfschaft Roydorf w. die Weidegeschwornen zu Winsen, pto. Ochsenweide.

d) Alle Vieharten, welche auf die gemeine Weide kommen dürfen, werden auf ein Geschlecht, gewöhnlich auf Kuhweiden, reducirt. von Alten Gedanken über die Theilung gemeiner Weiden, Kap. 4 ff. Meyer a. a. O. §. 32.

jeder Art anzuweisen; im letztern aber, nach gleicher Proportion der Bedürfnisse, die bisherige Anzahl des Viehes zu vermindern. Diesen Principien gemäs ward die Theilung und Benutzung der gemeinen Bürgerweide zu Hitzacker, da die Elbe einen Theil derselben weggerissen hatte, durch haushaltsverständige Commissarien ermäßigt und im Wege Rechtens von der Zellschen Justizcanzley, in S. Becker und Cons. c. Fritz und Cons. pto. Benutzung der Bürgerweide, mittelst Erkenntnisses vom Jahr 1792 festgesetzt.

Im dritten Falle bedarf es gar keiner genauen Bestimmung des Verhältnisses, und es stehet sowohl dem großen als kleinen Theilhaber an der Gemeinweide frei, ihren Viehstapel über das Verhältniß der Ländereyen zu erhöhen und zu vermehren e), so lange es nur mit der Mäßigung geschiehet, daß dadurch den übrigen Gemeindegliedern die Nothdurft für ihr Vieh, was sie wirklich haben, oder nach dem Verhältniß ihrer Bedürfnisse halten können, nicht entzogen wird. Alsdann verlieren die übrigen, welche ihren Viehstand unvergrößert lassen, gar nichts, sie gewinnen vielmehr am Viehschatze und an der Viehcontribution; denn je mehr einer Vieh hält, je mehr trägt er monatlich zu der, auf ein gewisses unveränderliches Quantum festgesetzten, Dorfsquote bey, und leistet dadurch seinen Mitinteressenten eine Vergütung. Bey der, in den Landesgesetzen f) selbst geschehenen, Aufforderung zur Vergrößerung der Viehzucht konnte man aber wohl weder die Absicht haben, noch erwarten, daß gerade alle Dorfs- und Gemeindeglieder ihren Viehstapel, noch weniger aber nach vollkommen gleichen Verhältnissen, erhöhen würden. Uebrigens kann da, wo mehr gemeine Weide vorhanden ist, als die Nothdurft des ganzen Dorfs er-

e) Struben Th. 5. B. 142.
f) Verordnung vom 10. Jun. 1687. §. 6.

erfordert, und wo folglich ein jeder Interessent seinen Viehstapel über seine Bedürfnisse erhöhen könnte, durch die Stimmenmehrheit niemals beschlossen werden, fremdes Vieh aufzunehmen, und das Weidegeld zu theilen oder zu gemeinen Ausgaben und Anlagen zu verwenden, dergestalt, daß minor pars sich solches gefallen lassen muß g). Die Benutzung der gemeinen Weide ist ein jus singulorum, wobey zwar eine Gemeinschaft, aber keine wahre Societät, zum Grunde liegt. Die Nutzung derselben könnte an sich selbst gar wohl getheilt werden, und eben daher muß es jedem Gemeindegliede freistehen, sein Benutzungsrecht an der überflüssig vorhandenen Weide selbst auszuüben, und seinen Antheil an den Gemeindelasten selbst beyzutragen. Wenn daher die Majorität der Glieder einer Gemeinde z. B. die überflüssige Hornvieh- oder Schaafweide verpachtet, so bleibt es der Minorität oder dem einzigen Dissentienten unbenommen, ihre Vieh- oder Schaafzahl selbst unter des Pächters Haufen zu treiben, weil in dergleichen, jura singulorum betreffenden, Gemeindeangelegenheiten in der Regel durchaus keine Stimmenmehrheit gilt h).

In

g) Die Minorität kann aber auch die Majorität nicht hindern, ihren Antheil an dem Ueberschusse der gemeinen Weide durch Verpachtung zu nutzen, weil die Regel: quod in re communi melior sit conditio prohibentis quam disponentis, in allen den Fällen nicht eintritt und zutrifft, wo die Nutzung füglich getheilt werden kann.

h) a Pufendorf Tom. 1. obs. 125. Runde Beyträge a. a. O. §. 14 f. Pract. Erörterungen, B. 3. Nr. 25. In solchen Fällen würden jedoch die Majorn gelten müssen, wo nicht von einer gänzlichen Entziehung oder Veränderung, sondern von einer, für alle Interessenten gleich vortheilhaftern, Benutzungsart der gemeinen Weide die Rede ist. Wenn daher z. B. die gemeine Stoppelweide bisher zuerst mit Schaafen

In Gemäßheit der angeführten Grundsätze erkannte die Zellesche Justizcanzley in S. der Groß= und Kleinköther zu Echem w. die Vollhöfner zu Echem, pto. Benutzung der gemeinen Weide, im Januar 1799 auf folgende Weise: Nachdem das bey einer, Behuf eines Ackergutes auf fremdem Grund und Boden hergebrachten, Servitut der Hut und Weide in der Regel geltende principium, daß auf die Quantität des zu dem Ackergute gehörenden Landes und wie viel Vieh davon durchgewintert werden könne, bey Bestimmung der Zahl des aufzutreibenden Viehes zu sehen, bey denen in condominio utili aller, selbst der überall kein Land, oder doch keine zur Durchwinterung einiges Viehes hinreichende Ländereyen bey ihren Höfen habenden Dorfshauswirthe befangenen eigenen Dorfs-Hut und Weide, keine Anwendung finden kann; daher auch bey Feststellung eines gewissen Verhältnisses der Benutzung unter den verschiedenen Klassen der Dorfseingesessenen, weder nach öconomischen, noch nach den in den hiesigen Landesgerichtshöfen darunter angenommnen Grundsätzen, auf den Landcontributionsfuß gesehen werden mag, als welches allen, wegen der Viehcontribution und des Viehschatzes, ergangenen Verordnungen entgegen laufen würde; vielmehr wenn bey Unzulänglichkeit der gemeinen Hut und Weide für des ganzen Dorfs haushälterische Bedürfnisse, oder, wenn die Interessenten solches

und Schweinen, zuletzt aber mit Hornvieh und Pferden betrieben wäre, und Majorn bestimmten, aus öconomisch-richtigen Gründen, daß solche künftig zuerst mit Pferden und Hornvieh, dann mit Schweinen und zuletzt mit Schaafen behütet werden sollte; so würde die Minorität einer solchen Einrichtung nicht wohl widersprechen können, wenn nicht etwa einer oder einzelne Interessenten derselben die Befugniß hätten, die Weide mit ihrem Viehe besonders und einzeln zu behüten. von Ende jurist. Abhandl. Th. 1. Nro. 16.

ches zur Vermeidung aller Zweifel sonst dienlich erachten, in Ermangelung gewisser Bestimmung durch Verträge, res judicatas, oder rechtliches Herkommen, ermäßigt werden muß, wie viel einer jeden Klasse der Dorfseingesessenen, an allen Arten des Viehes, auf die gemeine Weide zu bringen, ohne Bedruck der andern, gestattet werden könne, zuvörderst der Gehalt der ganzen gemeinen Hut und Weide und wie viel Vieh darauf in Mitteljahren seine Nahrung finden möge; und dann wie viel Vieh eine Wirthschaft jeder Klasse, im Durchschnitt größerer und kleinerer Haushaltungen, mit Ausschluß des Viehhandels und der, ausserhalb der Dorfsfeldmark zu treibenden, Gewerbe, zu halten benöthigt sey, durch Sachkundige zu bestimmen, die Summe der Bedürfnisse des ganzen Dorfs mit dem Ertrage der gemeinen Hut und Weide zu vergleichen, und einer jeden Klasse eine verhältnißmäßige Zahl des zum Austrieb gestatteten Viehes anzuweisen ist; so lange aber dergleichen mühsame und kostbare Ausgleichung nicht geschehen, an den Orten, wo die gemeine Hut und Weide, wie besage der Acten zu Echem, für die Bedürfnisse des ganzen Dorfs mehr als zureichend ist, einem jeden Interessenten, auch denen, welche wenige oder keine Ländereyen besitzen, die Vermehrung ihres Viehstapels, in so fern den übrigen für ihr haltendes Vieh die Nahrung verbleibt, nach der in der Verordnung vom 10. Jun. 1687, §. 6, dazu gegebenen Ermunterung, in der Rücksicht billig freistehet, daß sie auf solche Weise durch Erhöhung ihres Beytrages zu der, von Appellanten irrig für einen Erbenzins geachteten, unveränderlichen Dorfsquote der Viehcontribution und des Viehschatzes, den Mitinteressenten eine Vergütung leisten; daß daher übel gesprochen und wohl appellirt, und der Bestand des von den Mitgliedern jeder Klasse der Dorfseingesessenen auf die gemeine Weide zu treibenden Viehes, aller Art, nicht nach dem Fuße der Landcontribution, sondern nach obigen Grundsätzen zu bestimmen sey. Nachdem indessen Beklagte und Appellanten in Ansehung der Hut und Weide des Hornviehes auf

der

der sogenannten Kuhweide, oder Dorn, sich auf ein seit rechtsverjährter, ja unvordenklicher Zeit, obwaltendes Herkommen berufen haben, danach einem jeden Vollhöfner bis 12 Stück, einem Großköthner bis 9 Stück, einem Kleinköthner aber bis 6 Stück also zu weiden gestattet, daß zwar jeder willkührlich weniger Vieh halten können, wenn aber mehr aufgetrieben, solches gepfandet worden. Und dann, falls durch eine solche erweisliche Observanz ein gewisses Verhältniß festgesetzt seyn sollte, es keinesweges für einen Mißbrauch zu achten, sondern allerdings dabei zu lassen seyn würde; So wird den Beklagten und Appellanten zum rechtlichen Erweise des vorgeblichen Herkommens, wozu ihnen, sich des in perpetuam rei memoriam aufgenommenen Zeugniß rotuli solvis except. c. personas et dicta testium, mit zu bedienen unbenommen ist, der Kläger und Appellaten Gegenbeweis ꝛc. vorbehältlich, hierdurch eine 6wöchentliche Präjudicialfrist bestimmt, worauf dieses Puncts wegen ferner ergehet w. R.

LVIII. Erörterung.

Ob und in wie fern ein Weideberechtigter sein Weiderecht verpachten und fremdes Vieh unter sein eigenes aufnehmen darf?

Die weder in dem gemeinen Rechte, noch in unsern Provincialgesetzen ausdrücklich entschiedene Frage: ob ein zur Hut und Weide Berechtigter die Befugniß hat, sein Hutrecht zu verpachten, oder die Weide mit fremdem Viehe zu benutzen? giebt oft zu Streitigkeiten und mit vielen Kosten verknüpften Processen Veranlassung. Soll sie gehörig beantwortet werden, so muß man mehrere Fälle unterscheiden und sonderlich auf den Rechtsgrund zurückgehen, woraus das Weiderecht entspringt.

1.

Hat Jemand auf seinem ganz privativen Grund und Boden allein und ausschließlich die Hut und Weide auszuüben; so stehet es ihm, vermöge des alleinigen Eigenthumsrechts, natürlich frei, das Weiderecht ganz unumschränkt und auf jede ihm gefällige, willkührliche Art zu gebrauchen. Er kann es also verpachten, fremdes Vieh darauf einnehmen, oder es auch ganz unbenutzt lassen. Bey der gegenwärtig bestehenden Einrichtung der

der Höfe und Güter, da die Aufhebung und Theilung der Gemeinheiten noch nicht allgemein geworden ist, kommt aber diese Art des Weiderechts nicht häufig vor.

2.

Stehet Jemandem die Hut und Weide auf einem Gemeindegute*) mit andern Gliedern der Gemeinde, deren Glied er selber ist, zu; so hat er ohne Zweifel die Befugniß, seinen Antheil an der Gemeinweide durch Verpachtung zu benutzen, oder, wenn er nicht so viel Vieh hält, als er nach dem Verhältniß seiner eigenen in der Gemeindeflur liegenden Ländereien halten könnte, fremdes Vieh unter das seinige aufzunehmen. Freilich gehört das Eigenthum eines solchen gemeinen Weidegutes der ganzen Gemeinde, und man kann daher den einzelnen Mitgliedern in Ansehung desselben keine so freie Disposition einräumen, als Jemandem über sein Privateigenthum zukommt i). Allein das Benutzungs- und Gebrauchsrecht stehet doch in der Regel jedem einzelnen wahren Gemeindegliede daran zu, und dieses Recht gehört zu eines jeden Eigenthume, wenn nicht etwa die Benutzung der gemeinen Weide in Absicht einer bestimmten Viehart, z. B. der Schaafe, nur gewissen Gliedern der Gemeinde zustehet, welche sie alsdann jure fortiori ausüben und benutzen. Ein jeder Interessent kann sich daher desselben willkührlich bedienen, wenn

 er

*) Fast jedes Dorf hat einen Binnen- oder Hegeanger, worauf demselben das Weiderecht bestimmt zukommt. von Alten Vorschläge zur Theilung gemeiner Weiden, §. 13. Jo. Friedrich Meyer über die Gemeinheitstheilung, Th. 1. Celle 1801. §. 1 ff.

i) Runde Beyträge zur Erläuterung rechtl. Gegenstände; Num. 1. §. 11 u. 12.

er dabey nicht durch Gesetze, Verträge, oder rechtsgültiges Herkommen eingeschränkt ist. Die übrigen Mittheilhaber verlieren hierbey gar nichts. Sie können es niemals verhindern, daß der Mitberechtigte so viel eigenes Vieh anschafft, oder von dem Pächter, zur Completirung seines eigenen Viehstapels, ankauft, als er nach Maßgabe seines Gutes und seiner Haushaltsbedürfnisse zu halten befugt ist. Es ist folglich völlig einerley, ob Jemand sein eigenes, oder fremdes Vieh auf die gemeinen Weideplätze treibt; wenn er nur, wie sich von selbst verstehet, durch die Aufnahme des fremden Viehes seinen Viehbestand, zum Nachtheil der übrigen Gemeindeglieder, nicht vergrößert; mithin den Viehstand nicht überschreitet, zu welchem ihn die Aufkünfte seines Gutes und die sich hiernach richtenden Bedürfnisse seines Haushaltes berechtigen. Zwar würden die Interessenten der gemeinen Weide wohl einigen Vortheil erhalten, wenn der eine oder der andere Mitinteressent nicht so viel eigenes Vieh hält, als er aufzutreiben befugt ist. Indeß läßt sich doch hieraus allein darum kein Verbietungsrecht, fremdes Vieh aufzunehmen, begründen, weil die übrigen Interessenten in der Regel kein vollkommnes Recht haben, diesen, blos zufälligen, Gewinn zu fordern.

3.

Ausser der Hut und Weide auf wirklichen Gemeindegütern pflegen die Eingesessenen auch auf ihren, in der Gemeindeflur oder Dorfsacht liegenden Aeckern und Wiesen ihr Vieh wechselseitig und in Gemeinschaft weiden zu lassen. Diese Art des Weiderechts — jus compascuationis im strengern Sinne — ist gewöhnlich unter der gemeinen Hut und Weide mitbegriffen. Denn um den immerwährenden Pfandungen auszuweichen, mußten sich die Eigenthümer wohl gegenseitig das Recht einräumen, ihre Ländereyen, die gewöhnlich unbefriedigt ganz nahe an einander liegen, regelmäßig und beständig, mithin nicht

nicht aus bloßer nachbarlicher Gutwilligkeit, gegenseitig zu betreiben. In Absicht dieser Gattung des Weiderechts behaupten einige Schriftsteller k), daß dasselbe, in so fern es als ein Realrecht, wie im Zweifel immer zu vermuthen ist, ausgeübt wird, nur mit dem eigenen Viehe des Gemeindegliedes, welches auf dem Hofe gehalten wird, aber nicht mit fremdem, behütet werden dürfe. Diese Meinung scheint jedoch nicht gegründet zu seyn. Die Gemeindeglieder sind hier, so lange die Gemeinschaft dauert, durchaus gezwungen, wenn sie den beständigen Pfandungen ausweichen wollen, ein- für allemal einander die Hut und Weide auf ihren eigenthümlichen Grundstücken zu gestatten, und kein Interessent hat das Recht, dem andern die Behütung darauf nach Willkühr und Gutdünken zu versagen. Hat nun einer nicht so viel eigenes Vieh, als er zu halten berechtigt ist, und ergänzt er die zu halten erlaubte, seinen Haushaltsbedürfnissen angemessene Anzahl durch die Einnahme von fremdem Viehe; so verlieren ja die übrigen Interessenten hierbey in der That gar nichts. Und so wenig sie befugt seyn würden, es zu verhindern, daß einer ihres Mittels von dem Pächter die ihm fehlende Anzahl des Viehes ankaufte, eben so wenig können sie es ihm untersagen, seinen Weideantheil durch Verpachtung zu nutzen, oder fremdes Vieh aufzunehmen, wenn nicht etwa ein Verbindungsrecht durch Gesetze, Vertrag, oder rechtsgültiges Herkommen von ihnen dargelegt werden kann.

Inzwischen stehet doch einem Gemeindegliede die Aufnahme des fremden Viehes, oder die Verpachtung seines gemeinen Weideantheiles, nicht ganz willkührlich zu. Sind die Grenzen der Benutzung der gemeinen Weide, in Absicht der Anzahl, der Art des Viehes u. s. f. durch Verträge, rechtsverjährte Observanzen,

k) Gabke Grundsätze des Dorf- und Bauernrechts, §. 495. Strampffer vom Hutrechte, §. 36.

servanzen, oder andere rechtliche Bestimmungen, unter den verschiedenen Klassen der Gemeindeglieder, vorgezeichnet; so müssen sie befolgt werden. Ist das aber nicht der Fall, und die Gemeinde, oder einzelne Klassen derselben, beschweren sich über eine, durch die Aufnahme des fremden Viehes ihnen nachtheilige, Beengung und Beschränkung der gemeinen Weidebenutzung; so muß durch das Urtheil der Landwirthschaftsverständigen ausgemittelt werden, wie viel Vieh der oder die Gegner, welche Grundstücke besitzen, nach Maßgabe ihrer in der Dorfsflur belegenen Ländereyen, Behuf ihres Haushaltes, nöthig haben*); oder, wenn sie gar kein, oder doch nur wenig Land bebesitzen, wie viel Stück Vieh sie sodann, nach dem Verhältnisse ihrer Haushaltungen und Bedürfnisse, nothwendig gebrauchen. Zeigt das Urtheil der Wirthschaftskundigen eine wirkliche Uebertreibung der gemeinen Weide, so muß die Benutzung derselben, mit eigenem oder fremdem Viehe, hiernach herabgesetzt, und für die Zukunft reguliret werden. Nach einem Theile der bisherigen Grundsätze erkannte der Calenbergische Senat des Oberappellationsgerichts am 22. Jan. 1801 in Sachen Grapendorf wider die Gemeinde Sehlde: Nachdem die hier in Streit befangene Weide dem implorantischen Gute, als Mitinteressent der

*) Vermöge Urtheils vom 7. Dec. 1782 erkannte daher das höchste Tribunal in Sachen von Hodenberg w. die Eingesessenen zu Rithagen und Hudemühlen: So viel die Imploranten und Appellanten verstattete Einnehmung fremden Grasviehes betrifft, selbigem darunter billige Maaße zu halten, um so mehr vorgeschrieben werden mögen, als er die ihm zustehende Hut und Weide mit mehrerm eigenem oder fremdem Viehe, als er den Winter aus den eigenen Aufkünften des Gutes Wiedenhausen durchzufuttern im Stande, zu betreiben nicht befugt ist; daß daher in Absicht dieses Puncts Sententia a qua lediglich zu bestätigen sey.

der Gemeindegerechtsame, mithin nicht jure servitutis, sondern condominii, und zwar, wie Implorant behauptet, Imploraten aber nicht geleugnet haben, einem Vollmeier gleich, mit einer bestimmten Anzahl Pferde competirt; demselben also, wie jedem Eigenthümer, die Befugniß zustehen muß, solche einzelne Gerechtsame eines Gutes, so wie das ganze Gut, auf beliebige Art, mithin sowohl durch eigenen Gebrauch, als durch Verpachtung zu benutzen; Imploraten auch bisjetzt nicht zu erweisen vermogt, daß entweder Implorant, neben den gegen Pachtgeld aufgenommnen Fohlen, noch andere von dem Gute selbst in die gemeine Weide treibe, oder diejenigen Dorfseinwohner, denen die Gutsländerey verpachtet worden, in Rücksicht derselben eine größere Anzahl Pferde, als ihnen in Betracht ihrer Höfe freistehet, auf dieselbe treiben, mithin die bestimmte Anzahl überschritten werde; So ist dem Implorantischen Gute die Befugniß zuzuerkennen, so viel fremde Pferde oder Fohlen, gegen Pachtgeld, in die gemeine Weide zu treiben, als das Gut selbst aufzutreiben befugt ist *).

4.

Kömmt aber Jemandem die Hut und Weide, nicht als ein persönliches, sondern als ein Realrecht auf fremdem, außerhalb

*) Wollte man den Grundsatz annehmen, daß die gemeine Weide durchaus mit keinem fremden Viehe behütet werden dürfe; so würde auch das Vieh der Hirten und Häuslinge von der gemeinen Weide ausgeschlossen werden müssen, welches jedoch, nach Anleitung der Landesgesetze, zugelassen wird. Verordnung vom 20. Dec. 1687 u. 16. Jan. 1714, in Corp. Const. Luneb. cap. 6. p. 24 u. 69. Gewöhnlich stehen auch die Schaafmeister mit dem Herrn oder Pächter der Schäferei im Satz, und obenein hat jeder Schäferknecht eine gewisse Stückzahl Vieh, anstatt des Lohns, unter der Heerde.

ſerhalb der Dorfsacht, belegenen Grunde und Boden zu, ſo kann dieſelbe entweder einſeitig, oder gemeinſchaftlich ſeyn. Die letztere ſchließt immer eine wechſelſeitige Behütung in ſich, und ſie iſt alsdann entweder eine wahre Koppelweide l), oder eine gegenſeitige Weideſervitut. Iſt die Anzahl des aufzuhütenden Viehes durch Verträge oder rechtsverjährte Obſervanzen beſtimmt; mithin in Abſicht der Stückzahl, ohne Rückſicht auf den Beſtand des Gutes, oder der Winterfütterung, eine gemeſſene Weidegerechtigkeit; ſo iſt es völlig gleichgültig, ob der Berechtigte ſein eigenes oder fremdes Vieh eintreibt, wenn er nur die beſtimmte Stückzahl nicht überſchreitet. Iſt die Viehzahl aber nicht feſtgeſetzt, mithin eine ungemeſſene Weidegerechtigkeit in Frage, ſo wollen verſchiedene Schriftſteller das fremde Vieh ſo wohl von der Koppelweide m), als von der Weideſervitut n), gänzlich ausgeſchloſſen wiſſen. Eine Geſetzſtelle läßt ſich für dieſe Meinung nicht anführen, und die entgegengeſetzte ſcheint ſtärkere, in der Natur der Sache liegende, Gründe für ſich zu haben.

Das gemeine Recht verordnet zwar, daß Realſervituten von dem Grundſtücke, worauf ſie active haften, nicht getrennt werden, mithin ohne daſſelbe nicht verpachtungsfähig ſeyn ſollen o). Davon aber, daß die Weideſervitut nur mit eigenem und

l) Von den verſchiedenen Arten der Koppelweide handelt Strampffer a. a. O. §. 31 ff.

m) Münter von der Koppelweide, in Hagemanns und Günthers Archive, Th. 4. S. 18.

n) Hellfeld in jurispr. forenſi, § 679. Gabke a. a. O. §. 489. Stryk in Uſu moderno Lib. 8. tit. 3. §. 11 u. 12. Klein Rechtsſprüche der Halleſchen juriſt. Facultät, B. 3. S. 74.

o) L. 44 D. locat. cond. Weſtphal vom Kauf- Mieth- und Pachtcontracte, §. 917.

und nicht auch mit fremdem Viehe behütet werden dürfte, redet die angezogene Gesetzstelle gar nicht, und sie bestimmt nichts über das Eigenthum des Viehes.

Jedes illimitirte Weiderecht auf fremdem Grunde und Boden, es mag in einer Koppelweide bestehen, oder auf einer einseitigen oder gegenseitigen Weideservitut beruhen, kann jedoch nicht bis ins Unendliche benutzt werden. Es hat seine Grenzen. Diese müssen aus dem Wesen des Realrechts und den Grundsätzen der Landwirthschaft, wenn keine andere Bestimmungen vorhanden sind, festgestellt; folglich nach den Bedürfnissen des Gutes abgemessen werden, welchem das Weiderecht zukömmt. Hieraus ist die richtige, von Beneckendorf p) mehr entwickelte, Regel abzuleiten, daß die Berechtigten nur immer mit so viel Vieh die Weide betreiben dürfen, als sie von dem eigenen, in ihrer Feldmark gewonnenen, Futter den Winter über zu erhalten im Stande sind. Hält nun Jemand nicht so viel eigenthümliches Vieh, als er auswintern kann, so muß es ihm doch wohl unstreitig freistehen, die fehlende Anzahl durch fremdes Vieh zu ergänzen. Die Hut und Weide selbst wird dadurch nicht im mindesten mehr beschwert, weil jeder Hüthungsberechtigte die Befugniß hat, so viel eigenes Vieh anzuschaffen, als er von eigenen Ländereien durchwintern kann, und fremdes Vieh nicht mehr Nahrung braucht, als eigenes. Auf das Eigenthum des Viehes ist daher bey der jure servitutis zustehenden Weide so lange keine Rücksicht zu nehmen, als sich der Berechtigte in den Grenzen seines Aufhüthungsrechtes hält; mithin keine größere Viehzahl auftreibt, als er von eigenem Winterfutter zu ernähren im Stande ist; denn dieser Anzahl Vieh muß

p) Oeconom. forens. B. 1. Hauptst. 1. §. 20 u. 110. von Ende jurist. Abhandl. Th. 1. Nro. 14.

muß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die Weide gestatten q).

Beruhet das Weiderecht in einer eigentlichen Koppelweide, die alsdann im Zweifel anzunehmen ist, wenn die wechselseitige Behütung nicht regelmäßig und beständig auf den nemlichen Grundstücken, sondern bald auf diesen, bald auf andern ausgeübt wird; so können die übrigen Interessenten, mit der erwähnten Einschränkung, ebenfalls fremdes Vieh aufnehmen, oder die ihnen fehlende Anzahl dadurch ergänzen und damit die Koppelweide betreiben. Wollen sie solches aber nicht, auch den anderen nicht gestatten, fremdes Vieh einzutreiben; so hängt es, als Societätsgenossen, von ihnen

q) Danz Handbuch des deutsch. Privatrechts, §. 283. Gmelin und Elsässer jurist. Beobachtungen, B. 3. S. 211. — Der Grund, warum, nach der Meinung der oben angeführten Schriftsteller, die Aufnahme des fremden Viehes auf die jure servitutis zustehende Weide, falls diese Befugniß nicht etwa durch Verträge, Verjährung, oder einen ruhigen Besitz von zehn Jahren erworben ist, nicht zulässig seyn soll, beruhet insonderheit darauf: daß das Weiderecht ursprünglich wegen Mangels an eigener Weide gestattet, mithin blos für das eigene Vieh des Berechtigten zugestanden sey. Aber die ursprüngliche Erwerbung der Weidegerechtigkeit ist sehr verschieden gewesen, und bey dem Mangel positiver Gesetze kann man, ohne Beweis, nicht wohl annehmen, daß die Weide blos für das eigne Vieh des Berechtigten, weil er vorhin gar keine Weide bey seinem Gute hatte, ursprünglich verstattet sey. Oeconomia forensis, Th. 1. §. 21. Ob übrigens der Hütungsberechtigte durch die Aufnahme des fremden Viehes das Wohl seines Gutes und dessen Pertinenzen befördert? hat der Eigenthümer des dienstbaren Gutes nicht zu beurtheilen.

nen ab, der bisherigen Gemeinschaft zu entsagen, und auf die Aufhebung der Koppelweide zu dringen; weil bei einer solchen Behütung anzunehmen ist, daß nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit dabey zum Grunde liegt.

Beruhet hingegen das Hüthungsrecht auf einer Weideservitut, so findet freilich keine einseitige Aufhebung derselben Statt; indeß dürfen doch auch hierbey die Grenzen des Aufhüthungsrechtes selbst nicht überschritten werden. Hat Jemand ein unbestimmtes, unbeschränktes Weiderecht auf fremden Grundstücken, so kann der Eigenthümer des praedii servientis die Behütung mit fremdem Viehe nicht anders verhindern, als wenn die Grenzen desselben überschritten werden. Er muß also zeigen, daß der Eigenthümer des praedii dominantis mehr eigenes oder fremdes Vieh auf die dienstbaren Felder treiben läßt, als mit dem eigenen, von dessen Ländereien gewonnenen, Winterfutter ernährt werden können. Sobald dieses zu erweisen ist, wird eine für den Eigenthümer des dienstbaren Gutes nachtheilige Erweiterung der Weidegerechtigkeit klar, und der dominus praedii dominantis ist alsdann verbunden, die Anzahl des eigenen oder fremden Viehes, nach dem Verhältniß seiner auf dem Gute selbst gewonnenen Winterfutterung, zu verringern, und das aus dem Wesen der Servituten so richtig abgeleitete Princip des römischen Rechts: servitute civiliter est utendum, leidet hierbey seine volle Anwendung. Eine ganz besondere Ausnahme würde nur dann eintreten, wenn der Besitzer des praedii dominantis erweisen könnte, daß ihm auch die Befugniß zustehe, ausser dem, von seinen Früchten durchgewinterten, überher noch fremdes Vieh auf die Weide zu treiben r).

Bey der Bestimmung des Winterfutters muß man auf die Größe und den Gehalt der zum praedio dominante gehörigen Grundstücke sehen; aber auch zugleich dabey auf das,

 nach

r) a Pufendorf Tom. 1. obs. 123.

nach landwirthschaftlichen Grundsätzen auf dem Gute zu haltende, andere Vieh Rücksicht nehmen. Bloße temporelle Industrie, wodurch mehr Viehfutter gewonnen, und der Viehstand einstweilig erhöhet werden kann, darf bey dem Urtheile der Oeconomieverständigen nicht mit in Anschlag kommen; weil solches ungerecht und dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks sehr nachtheilig seyn würde. Aber auf fortwährende und dauernde Verbesserungen, wodurch der Hüthungsberechtigte zur Vermehrung seines Viehstandes nach dem richtigen Urtheile der Sachverständigen veranlaßt worden, z. B. auf den Zubruch, ist allerdings Rücksicht zu nehmen; weil durch die constituirte unbeschränkte Weideservitut das Wohl des ganzen praedii dominantis und dessen Pertinenzen hat befördert werden sollen.

Die illimitirte Weidegerechtigkeit hindert übrigens den Besitzer des praedii servientis nicht, aus seinem Gute, ohne die mindeste Rücksicht auf den Bestand der Winterfütterung desselben zu nehmen, jeden möglichen Vortheil zu ziehen. Er kann daher, vermöge seines Eigenthumsrechts, wenn das Hutrecht des Dritten nicht etwa ausschließlich ist, die Weide mit seinem eigenen oder fremdem Viehe ebenfalls benutzen, in so fern nur durch den erhöheten Viehstand des Eigenthümers das Weiderecht des praedii dominantis nicht beeinträchtigt und geschmälert wird. Hat letzteres für das Vieh, was es mit eigenem gewonnenen Winterfutter zu ernähren vermag, Weide genug, und stehet keine Weidebeengung von ihm zu erweisen; so kann es auf den Ueberschuß der Weide keinen Anspruch machen, mithin dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes es nicht verwehren, die überflüssige Weide mit eigenem oder fremdem Viehe zu betreiben und zu benutzen. Nach diesen Grundsätzen hat auch das höchste Tribunal am 18. März 1795 und 28. März 1801 in Sachen von Reden w. die Gemeinde Hüpede, pto. spolii et turbat. der Schäferey, ingleichen am 17. Jun. 1801, in Sachen Schwertfeger w. Mittelrode, pto. Aufnahme fremder Schaafe, geurtheilt.

LIX.

LIX. Erörterung.

Ueber die Verhypothecirung bürgerlicher Grundstücke und die Anmeldung der Hypotheken bey der Stadtobrigkeit.

Nach der besondern Vorschrift unserer Provincialgesetze s) kann kein Vertrag, wodurch das Eigenthum bürgerlicher Grundstücke auf einen Andern übertragen, oder überhaupt ein Realrecht darin constituirt werden soll, ohne Vorwissen des Stadtmagistrats, gültig abgeschlossen werden. Die deßhalb ergangenen Verordnungen schränken sich nicht blos auf Kauf- und Tauschverträge, oder antichretische Versatzcontracte ein, sondern sie umfassen jedes Rechtsgeschäfft, wodurch Jemand ein Realrecht auf ein bürgerliches Grundstück erhalten soll; mithin auch die Hypotheken t). Die Verordnung v. J. 1733 scheint es ganz der Willkühr der Contrahenten zu überlassen, ob sie den abgeschlossenen Contract von der Stadtobrigkeit entweder gerichtlich confirmiren lassen, oder ob sie ihn blos bey derselben pro-

s) Verordn. vom 6. Oct. 1712 und 13. Jan. 1733, in Corp. Const. Calenberg. Tom. 2. p. 633 u. 650, und in corp. Const. Luneburg. Cap. 4. p. 578.

t) Verordnung vom 17. Aug. 1739 in corp. Const. Calenberg. Tom. 2. p. 897, und in corp. Const. Luneb. cap. 2. pag. 926.

produciren, d. h. anmelden, und nur zur Wissenschaft und Kenntniß des Magistrats bringen wollen? Im letztern Falle ist besonders die Frage nicht ohne Zweifel: welche Wirkung eine, bey der Stadtobrigkeit blos angemeldete oder producirte, Schuld- und Pfandverschreibung hat? Nach der Vorschrift jener Gesetze ist eine, auf bürgerliche Immobilien ertheilte, aussergerichtliche oder Privathypothek von gar keiner Kraft; der Gläubiger erhält dadurch kein Pfandrecht, kein jus in re an dem verpfändeten Bürgergute des Schuldners; vielmehr soll er, wenn die gerichtliche Anmeldung unterblieben ist, mit einer solchen Privatpfandverschreibung, bey entstandenem Concurse, nur unter die chirographarios gesetzt werden. Durch die Anmeldung oder Production der Verschreibung wird daher das Pfandrecht erst wirksam; der Gläubiger erhält, wenn die Anzeige der geschehenen Verunterpfändung bey der Stadtobrigkeit gebührend gemacht ist, ein jus in re an den verschriebenen Gütern seines Schuldners, und er tritt dadurch, im Falle eines ausgebrochenen Concurses, aus der Reihe der chirographarischen, in die Klasse der Pfandgläubiger. Inzwischen erhält doch der Creditor durch diese bloße Anmeldung oder Production der Pfandverschreibung keinesweges eine gerichtliche Hypothek, oder ein, mit der öffentlichen Hypothek verbundenes, Vorzugsrecht an den Gütern seines Schuldners u); da die Verpfändung sowohl von dem Gläubiger, als dem Schuldner einseitig der Stadtobrigkeit zur Wissenschaft gebracht werden kann; die bloße Production oder Anmeldung des Gläubigers x) bey dem Magistrate aber bekanntlich so wenig zu einem öffentlichen Unterpfande hinlänglich ist, als die bloße, vom Schuldner gesuchte, obrigkeitliche Bestätigung

u) a Pufendorf Tom. 3. obs. 180. §. 7 u. 8, und obs. 206. §. 6. Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. Nro. 18.

x) Leyser spec. 229. m. 2. Wernher Tom. 2. P. 9. obs. 70.

gung einer Privatpfandverschreibung y), oder die Anerkennung derselben vor Gericht z). Verlangt daher der Gläubiger, zu seiner Sicherheit, eine öffentliche Hypothek, so ist eine bloße Anmeldung und Production der Verschreibung nicht hinlänglich; vielmehr muß der Schuldner sodann gerichtlich erklären a), eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, und darauf die gerichtliche Confirmation erfolgen. Diese Stücke sind zur Erlangung eines jeden öffentlichen Pfandrechts wesentlich erforderlich b).

Die Verordnung v. J. 1733, welche es in die Willkühr der Parteyen stellt, ob sie die förmliche Confirmation eines Vertrages suchen, oder ob sie solchen blos zur Wissenschaft des Magistrats bringen wollen, redet nur von solchen Contracten, wenn man die Worte und den Sinn derselben genauer erwägt, wodurch das Eigenthum eines bürgerlichen Grundstücks oder Rechtes auf einen andern übertragen, mithin der bisherige Eigenthümer und Besitzer desselben verändert wird, z. B. Kauf- und Tauschverträge, Theilungsrecesse, Schenkungen, pacta successoria, pacta dotalia, cessiones, antichretische Versatzcontracte u. s. w. Dergleichen Realcontracte bedürfen an sich und zu ihrem Wesen keiner gerichtlichen Confirmation. Durch die

y) a Pufendorf Tom. 2. obs. 160. Struben a. a. O.

z) a Pufendorf Tom. 1. obs. 197.

a) Wenn indeß der Schuldner in der Obligation schon eine öffentliche Hypothek versprochen hat, und selbige nachgehends zur gerichtlichen Confirmation einreicht; so ist es so anzusehen, als hätte er hypothecam publicam in ipso judicio constituirt.

b) a Pufendorf Tom. 3. obs. 206. §. 1. Böhmer de praerogativa hypothecarum publicarum, cap. 2. §. 6 u. 12. Insonderheit Dabelow vom Concurse der Gläubiger. Halle, 1801. 4. S. 623 ff.

die bloße Anmeldung und Einzeichnung derselben in das Stadthandels- oder Anmeldungsbuch wird die Absicht jenes Landesgesetzes, welche die Richtighaltung der städtischen Cataster und Cassen bezweckt, völlig erreicht. Auf Hypothekbestellungen, wodurch der bisherige Eigenthümer und Besitzer nicht verändert wird, ist aber diese Willkühr der Parteyen nicht zu erweitern, wenn ein öffentliches Pfandrecht constituirt werden soll; weil der bloßen Anzeige, Anmeldung oder Production einer Pfandverschreibung, in jenen Landesgesetzen, nirgends die Kraft und Würkung einer öffentlichen und gerichtlichen Hypothek beygelegt wird. Zur Sicherheit und Ordnung der Cataster und Cämmereygefälle ist die bloße Anmeldung und Production eines Contractes, wodurch das Eigenthum auf einen Andern übertragen werden soll, vollkommen hinreichend. Es bedarf dabey keiner besondern Untersuchung, und mithin kann auch die förmliche Confirmation desselben dem freien Willen der Parteyen ganz füglich überlassen werden. Indeß ist von der Anmeldung solcher Contracte, schon nach der Natur der Sache, die Anstalt der städtischen Hypothekenbücher, welche zur Erhaltung des städtischen öffentlichen Credits abzweckt, gänzlich verschieden. Durch die Erlangung einer öffentlichen Hypothek will der Gläubiger die geschehene Verpfändung nicht blos erweisen, sondern auch zugleich mit der Bestätigung des Gerichts, über den Werth und die Beschaffenheit des Unterpfandes, sichergestellt seyn. Die Stadtobrigkeit muß daher eine Untersuchung anstellen, ob die verschriebenen unbeweglichen Bürgergüter dem Schuldner eigenthümlich gehören, und überhaupt verpfändet werden können; ob sie nicht bereits Andern verhypothecirt sind; oder, wie die Landesverordnungen ausdrücklich erwähnen, nicht etwa über ihren wahren Werth verpfändet werden möchten. Erst dann, wenn sich hierbey kein Anstand findet, erfolgt die obrigkeitliche Bestätigung und die damit verbundene Ingrossation in das Stadtpfandbuch. Bey einer bloßen Production der Schuldverschreibung wird aber

weder

weder eine solche Untersuchung angestellt, noch die Ingrossation derselben in das Hypothekenbuch verfügt. Auf beides haben die Parteyen nur alsdann Anspruch zu machen, wenn sie ein gerichtliches öffentliches Pfandrecht geben und erlangen wollen. Der Stadtmagistrat ist daher weder schuldig, noch berechtigt, wenn der Gläubiger nicht selbst ausdrücklich erklärt, mit einer geringern Sicherheit, mit der bloßen Anmeldung, zufrieden zu seyn; vielmehr eine öffentliche Hypothek verlangt, die Pfandverschreibung zur bloßen Production von dem Schuldner anzunehmen; weil durch solche Operationen nicht nur der öffentliche Stadtcredit geschwächt, sondern auch das Hypothekenbuch selbst leicht in Verwirrung und Unordnung gebracht werden könnte.

Nach dem gemeinen Rechte ist es übrigens zur Erlangung eines öffentlichen Pfandrechtes hinlänglich, wenn die Verpfändung nur in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. In Absicht des Mobiliarvermögens und der nicht catastrirten Bürgergüter, oder überhaupt solcher Immobilien, welche nicht unter der Gerichtsbarkeit des Magistrats belegen sind, kann ein Bürger vor der Obrigkeit, unter deren Gerichtszwange das Grundstück liegt, oder vor einem Notar und zwei Zeugen, oder auch vor drei rechtschaffenen Männern, den gemeinen Rechten gemäs, ein öffentliches Unterpfand constituiren, und er ist nicht verbunden, der Stadtobrigkeit davon Kenntniß zu geben c). Nur in dem Falle, wenn catastrirte bürgerliche Grundstücke verpfändet werden sollen, ist dem, vor einer jeden andern Obrigkeit, oder vor einem Notar und Zeugen, bestellten Unterpfande die Kraft eines öffentlichen Pfandrechts entzogen, weil in der Verordnung vom Jahr 1739 ein jedes bey der Stadtobrigkeit nicht einst angemeldetes Pfandrecht für ganz unwirksam und kraftlos erkläret

c) M. vergl. das Zellesche Stadtrecht, mit Anmerkungen von Theod. Hagemann, S. 59 ff. und S. 95.

erklärt ist d). Als daher die Königl. Justizcanzley zu Hannover, am 5. Sept. 1801, in Sachen Schrader w. den Magistrat zu Göttingen, wegen nicht zugelassener Production einer Obligation, auf nachstehende Weise erkannte: „Da Inhalts der Obligation die, auf in der Göttingischen Feldmark belegene Ländereyn, bestellten Hypotheken öffentliche, oder wenigstens solche seyn sollen, welche mit diesen gleiche Kraft haben; dieser Zweck aber durch die coram notario et testibus ausgefertigte Schuld und Pfandverschreibung um deswillen nicht erreicht werden kann, weil es zum Wesen einer auf bürgerliche Grundstücke constituirt werden wollenden öffentlichen Hypothek allerdings erforderlich ist, daß solche gerichtlich confirmirt und dem Hypothekenbuche ingrossirt werden; von dem Magistrate also die Annahme der Obligation zur bloßen Production mit Grunde verweigert worden; so kann dem angebrachten Gesuche nicht Statt gegeben werden" — ward dieses Erkenntniß, in Betracht der obigen Gründe, mittelst Bescheides vom 30. Jan. 1802 von dem Königl. Oberappellationsgerichte lediglich bestätiget.

d) Verordnen —, daß diejenigen, welche auf solche Güter, ohne es der Stadtobrigkeit angezeigt zu haben, Geld geliehen, oder selbige auf andere Weise sich haben verschreiben lassen, bey der Classification unter die Chirographarios gesetzt werden sollen.

LX. Erörterung.

Die Absonderung des trennbaren Allodii auf den unter der Gutsherrschaft Königl. Cammer stehenden Höfen; ingleichen die Erörterung der Frage: ob derselben über einen Hof die Gutsherrschaft zukommt? gehört vor die Justizhöfe.

Wenn etwas in Rücksicht der Abmeierung oder Wiederbesetzung der Höfe, worüber der Königl. Cammer die Gutsherrschaft gebühret, zu verfügen ist; so soll solches, nach Vorschrift der Landesgesetze e), von dem Cammercollegio allein tractirt und gegen die Verfügungen desselben gar kein Rechtsgang gestattet werden. Diese Vorschrift findet jedoch in den Fällen f) keine Anwendung, wenn entweder von der Absonderung des trennbaren Allodii auf dergleichen Höfen, oder davon die Frage ist: ob überhaupt der Königl. Cammer die Gutsherrschaft über einen Hof zukommt? Schon am $\frac{8}{19}$ Oct. 1731 ist deßhalb, in Sachen Peter Gräven Erben g. dem Landrentmeister Manderstierna pto. debiti et immissionis, ein Königl. Re-

e) Verordnung vom 19. Oct. 1719.
f) M. s. pract. Erörterungen, B. 3. Nro. 27.

Rescript an die Renntcammer, zu deren künftigen Verhaltung g), dahin ergangen:

Georg der Andere, König und Churfürst rc.

Unser Oberappellationsgericht zu Zelle hat in S. Gräven c. Manderstiern — bey uns abermals vorgestellt, daß des erstern Erben sich in dieser Sache noch nicht beruhigen wollten, indem die auf euren Befehl von dem Gerichte zum Delm incompetenter unternommne separation des Allodii vom Meierhofe zu Grundoldendorf zum Präjudiz der creditorum geschehen, da besagtes Gericht so viel mit der taxation als adjudication so illegal verfahren, daß einige Stücke gar in keinen Anschlag gebracht, andere aber um ein gar Geringes dem neuen Colono zugeschlagen worden. Ferner wollten Kläger noch nicht einräumen, daß der Hof quaest. ein Uns zustehendes Meiergut sey, sondern wären aufs neue eingekommen, und hätten dem Amtsadvocato die Edition des Meierbriefes aufzulegen imploriret; Nachdem Wir nun Uns aus der Sache referiren lassen, so verordnen Wir hiermit, daß, da die separation des Allodii, wie auch dessen taxation und adjudication blos vor die Justitz gehört, (gestalten die *Constitution* vom 19. Oct. 1719, welche allhier die einzige *norma* und da sie der *legi generali derogirt*, *stricte* zu verstehen ist, dergleichen nicht mit sich bringet), solche geschehene separation, taxation und adjudication der zum allodio erweislich gehörigen Pertinenzen und Mobilien, um so mehr wieder aufgehoben, und von dem Oberappellationsgerichte aufs neue legaliter und so, als es die Justiz erfordert, vorgenommen, und hierunter den Rechten nach verfahren werden solle, als allem Ansehn nach von dem Gerichte

g) Mittelst rescripti Regii von demselben dato ist dem O.A.Gerichte eine Abschrift, zu dessen Direction, davon zugefertigt worden.

Gerichte zum Delm gar nicht legaliter verfahren, und die creditores verkürzt worden. Was nun ferner die Hauptsache und die Qualität dieses Hofes selbst betrifft, so ist solches zwar ohnwidersprechlich ein Uns zustehendes Meiergut, da der dem von Mandersitern in anno 1697 gegebene Meierbrief in originali vorhanden ist; Nachdem aber so wenig dem Gerichte als dem Gegentheil davon etwas wissend, die *quaestio an* aber, wenn über die Qualität eines Meiers Zweifel und *disput* entstehet, allerdings vor Unsere Justitz-*Collegia* gehört, und dann durch Vorzeigung dieses Original-Meierbriefs diese Difficultät ohne Verzug sofort gehoben werden kann; so werdet ihr die Production dieses Original-Meierbriefes durch Unsern Cammer-advocatum bey dem Oberappellationsgerichte bewerkstelligen lassen. Wir ꝛc. Hamton-Court den $\frac{8}{19}$ Oct. 1731.

George, R.

LXI.

LXI. Erörterung.

Verrückten oder blödsinnigen Personen kann gültig etwas vermacht werden.

Der Hauptmann von B. hatte in einem codicillo ad testamentum judic. facto einer gewissen L. ein ansehnliches Vermächtniß ausgesetzt. Kurz vor des erstern Absterben war letztere in eine, den Gebrauch ihres Verstandes völlig hindernde, Gemüthskrankheit verfallen, und es war für sie ein Curator obrigkeitlich bestellt. Dieser forderte die Vermächtnisse ein. Die eingesetzten Erben wollten sich aber zu deren Herausgabe darum nicht verstehen, weil nur demjenigen ein Vermächtniß ausgesetzt werden könne, der fähig sey, Andere zu Erben zu ernennen h). Als eine blödsinnige Person wäre aber die Vermächtnißnehmerin dazu ganz unfähig, und mithin wären die derselben ausgesetzten Legate als nicht geschrieben zu betrachten. Aber diese Behauptung war den Gesetzen ganz entgegen, und diese Schlußfolge, im gegenwärtigen Falle, offenbar irrig.

Die

h) §. 24. I. de legat.

Die Regel, daß derjenige, welcher kein Testament errichten, auch keine Vermächtnisse hinterlassen kann, ist zwar an sich gegründet, und eben so wenig leidet es Zweifel, daß ein Verrückter, oder Blödsinniger, der keine vernünftige Zwischenräume hat, nicht testiren kann. Indeß sind doch solche Unglückliche, als Menschen, der Erwerbungen, und folglich auch der Erbeseinsetzung fähig i). Freilich kann ein Rasender oder Blödsinniger die Erbschaft nicht antreten, und wenn er im Blödsinne verstirbt, so hat die, von dessen Curator gesuchte und erlangte, bonorum possessio keine weitere Würkung; vielmehr fällt die Erbschaft nun an denjenigen, welcher succedirt haben würde, wenn der Blödsinnige nicht zum Erben wäre ernannt worden k). Dieses ist nach den römischen Gesetzen bey allen Blödsinnigen, welche nicht ipso jure Erben waren, Rechtens l). Alles das läßt sich aber auf bloße Vermächtnisse nicht anwenden. Die Legate bedürfen keiner besondern Annahme, keiner Adition, sondern sie gehen, wenn sie unbedingt verlassen sind, gleich nach dem Ableben des Erblassers auf den Legatarium

i) Furiosus quoque testamentifactionem habet, licet testamentum facere non potest. Ideo autem habet testamentifactionem, quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum. L. 16. §. 1. D. qui testam. fac. poss. L. fin. §. 8. C. de Curat. furiosi. Westphal von Testamenten, §. 73. S. 57.

k) Gust. Bernh. Becmann de adquisitione heredit. dementi delatae. Gott. 1772. Höpfner im Commentar, §. 543. Böhmers auserlesene Rechtsfälle, B. 2. 1ste Abth. S. 296 ff.

l) Daß, nach den neuesten römischen und den Grundsätzen des heutigen Rechts, ein furiosus überhaupt und auf beständig heres ex testamento werden könne, vertheidigt Westphal in seinen öffentlichen und privatRechtsgutachten, B. 2. Nro. 71.

rium über m). Das höchste Tribunal verwarf daher in der obigen Rechtssache die, an dasselbe gebrachte, Beschwerde mittelst Bescheides vom 8. May 1800, weil auch Blödsinnigen und des Verstandes beraubten Personen gültigerweise etwas legirt werden könne.

LXII. Erörterung.

Was für rechtliche Erfordernisse hat der anwesende Erbe zu beobachten, der eine, nicht mit Legaten und Fideicommissen beschwerte, Erbschaft nur cum Beneficio inventarii antreten will?

§. 1.

Die rechtliche Wirkung des Gebrauchs der Rechtswohlthat des Erbschafts-Inventarii, bey der Antretung einer Erbschaft, bestehet bekanntlich darin, daß der Erbe nicht angehalten werden kann, den Gläubigern des Erblassers mehr, als der Bestand und Werth der Erbschaft beträgt, zu zahlen n).

Nur

m) L. 21. D. quando dies legator.

n) L. 22. §. 4, 6, 9. Cod. de jure deliber. Wachau Diss. de Solennit. et effect. Invent. heredit. Cap. 3. §. 1. Nro. 2. pag. 28.

Nur in so fern tritt jedoch diese Wirkung ein, als der Erbe diejenigen Formalitäten genau beobachtet hat, welche die Gesetze, in Absicht auf die Beneficial-Beerbung, vorschreiben. Justinian, von dem das Beneficium inventarii herrühret, machet, in zweien über den Gegenstand redenden Gesetzen o), dem anwesenden Erben, der eine, nicht mit Legaten und Fideicommissen beschwerte Erbschaft mit der gedachten Rechtswohlthat anzutreten gedenket, die Beobachtung der folgenden Erfordernisse zur Pflicht:

Erstlich nämlich, die Veranstaltung einer fleißigen und treuen Aufzeichnung sämmtlicher Erbschaftsstücke, oder des ganzen activ und passiv Bestandes der Verlassenschaft, durch einen hierzu requirirten Notarius, der bekanntlich gegenwärtig, zu dieser, wie zu jeder ähnlichen Verrichtung, nothwendig zwei fähige Zeugen zuziehen muß p);

zweitens, den Anfang der Güterverzeichnung, innerhalb 30 Tagen, von der Zeit anzurechnen, da der Erbe den Anfall der Erbschaft erfuhr, und die Beendigung dieses Güterverzeichnisses, binnen eines sechszigtägigen Zeitraums, nach Verlauf jenen 30 Tage q); auch endlich

drit-

o) L. 22. §. 2. Cod. de jure deliber. Nov. 1. Cap. 2. §. 1.

p) Kaiserl. Notariats-Ordnung v. J. 1512, §. 3. O.A.G.Ordnung, Th. 1. Tit. 7. §. 5. O.A.Ger.Gemein-Bescheid v. 31. December 1726.

q) In Absicht auf den, dem abwesenden Erben zur Confection des Inventarii zu Statten kommenden Zeitraum, verordnet L. 22. §. 2. Cod. de jure deliber. — Sin autem a locis, in quibus res hereditariae, vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spatium, a morte testatoris numerandum, damus ad hujusmodi inventarii consummationem: sufficit enim praefatum tempus,

drittens, die eigenhändige Unterschrift des Inventarii durch den Erben, mit der hinzugefügten Versicherung: daß die gesammte Verlassenschaft in dem Verzeichnisse gehörig aufgeschrieben, und nichts, aus Gefährde oder List, daraus weggelassen sey; oder wenn der Erbe des Schreibens unkundig seyn sollte, die eigenhändige Unterzeichnung eines Kreutzes, und die von einem anderen besonderen Notarius, in Gegenwart zweier Zeugen, zu bewerkstelligende Namens-Unterschrift, anstatt des Erben.

§. 2.

Je deutlicher die vorerwähnten Gesetze die ebengedachten drei Erfordernisse vorschreiben, um desto auffallender ist es gewiß, daß, über die rechtlichen Requisita bey dem Gebrauche des Beneficii Inventarii, unter den Rechtslehrern eine äusserst große Verschiedenheit der Meinungen herrschet. Einige Rechtslehrer häufen die von dem Beneficial-Erben zu beobachtenden Gegenstände auf eine, wohl schwerlich nach dem Gemeinen Rechte zu rechtfertigende, Art, dahingegen Andere beinahe nichts mehr von demjenigen angewendet wissen wollen, was Justinian so bestimmt vorschrieb. Auf beiden Seiten gehet man, in diesen Stücken, zu weit.

§. 3.

Zu den Gegenständen, welche einige juristische Schriftsteller r), ausser den vorbemerkten dreien gesetzlichen Requisiten, bey

etsi longissimis spatiis distant: tamen placuit, dare eis facultatem inventarii conscribendi, vel per se, vel per instructos procuratores in loca, ubi res positae sunt, mittendos.

r) Hoepfner Elem. Jur. Civil. §. 549. Nro. VI. Leyser Spec. 364. Medit. 4.

bey der Antretung einer Beneficial-Erbschaft beobachtet wissen wollen, gehöret

erstlich: die, nach dem Tode des Erblassers vorzunehmende gerichtliche Versiegelung der Verlassenschaft, so wie die demnächstige gerichtliche Entsiegelung derselben, weil, wie behauptet wird, ohne solche das Inventarium gar keinen Nutzen noch Glauben haben könne.

Unleugbar ist es freilich, daß in verschiedenen Ländern die gerichtliche Versiegelung der Erbschaften, aus dem vorgedachten Grunde, durch besondere Gesetze, unbedingt vorgeschrieben wird s); wo aber, so wie in den Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Landen, ein solches besonderes Gesetz für den anwesenden Erben nicht existiret, kann diesem die Unterlassung und Entsiegelung wohl nicht zum Vorwurfe gemachet werden t). Die Römischen Rechte verbinden keinen Erben, der blos mit den Erbschaftsgläubigern zu thun hat, vor der Errichtung des Inventarii den Nachlaß des Erblassers versiegeln zu lassen u). Immer ist zu vermuthen, daß der Erbe, als ein ehrlicher Mann, nichts veruntreuet habe; und wer das Gegentheil behaupten will, muß den Beweis übernehmen, der, ohne Schwierigkeiten, durch die Zuschiebung des Reinigungseides, den der Erbe, auch ohne besondere Verdachtsgründe, und auch

 als

s) Carpzov jurispr. forens. P. 3. Const. 33. Def. 10. Richter P. 2. Decis. 59. Nro. 14. Berger Oecon. Jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 50. Not. 5.

t) Wachau Diss. de Solen. et Effect. Invent. heredit. Cap. 2. §. 9. pag. 23. Müller Observat. ad Leyser., T. 4. P. 1. Observat. 561. Struben rechtl. Bedenk. Th. 5. Bedenk. 7.

u) Stryk Us. mod. Pand. Tit. de jure delib. §. 3. Knorre de Obsignat. judic. Cap. 2. §. 1.

alsdann, wenn er blos mit Gläubigern streitet, abzuschwören verbunden ist, geführet werden kann x).

§. 4.

Ein anderes vermeintliches Requisitum soll

2tens die dem Inventario vorzusetzende Erklärung oder Clausel seyn: daß der Erbe sich anderergestalt der Verlassenschaft nicht anmaßen wolle, als cum beneficio legis et inventarii, welches er sich damit feierlich bedinge. Von der Nothwendigkeit dieser, durch einige deutsche Provincial-Verordnungen vorgeschriebenen, Clausel y) enthalten die hiesigen, bey uns allein in Betracht kommenden, Landesgesetze ebenfalls kein Wort, und jene Erklärung ist daher um so mehr als etwas ganz Unwesentliches und Ueberflüssiges zu betrachten, da ein übrigens gesetzmäßig errichtetes Inventarium schon an sich selbst die Würkung mit sich führet, daß der Erbe nicht ultra vires hereditatis gehalten ist, und daß derselbe sich, durch die Aushändigung der inventarisirten Verlassenschaft, gänzlich liberiren kann z).

§. 5.

Eben so wenig ist

3tens, die von einigen Rechtslehrern a) für erforderlich gehaltene

x) Mevius de specific. jurata, Cap. 2. . 12. Boehmer Tom. 2. P. 3. Responsio 498, Nro. 17. Rauchbar P. 1. Qu. 29. Nro. 14.

y) Wachau l. c. pag. 27.

z) L. fin. §. 13 et 14. Cod. de Jure delib. Anton Faber ad h. Tit. Defin. 11 et 20. Stryk Caut. Contract. Sect. 3. Cap. 3. §. 2.

a) Bachov ad Treutler, Vol. 2. Disp. 12. Th. 8. lit. E.

tene Ladung der Erbschaftsgläubiger zu der Errichtung des Inventarii nothwendig. Die Römischen Gesetze schreiben eine solche Ladung gar nicht vor; denn wenn L. fin. §. 2. Cod. de jure delib. die Worte vorkommen: Sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt; so ist der gebrauchte Ausdruck: Ceterorum, wohl offenbar nicht von den etwanigen Gläubigern, sondern von den Zeugen zu verstehen, zu deren Zuziehung die Tabularii oder Notarien in der Nov. 1. Cap. 2. §. 1 ausdrücklich angewiesen sind. Gleichergestalt entscheidet es nichts, daß in der ebengedachten Novelle die Citation der Legatarien und Fideicommissarien vorgeschrieben wird, weil gerade darin, daß dem Erben, der eine Verkürzung der Quartae Falcidiae oder Trebellian. besorget, so zu sagen ausnahmsweise, die Citation der Legatarien und Fideicommissarien zur Pflicht gemacht, von einer gleichen Zuziehung der Creditoren aber kein Wörtchen gesagt ist, der sicherste Beweis lieget, daß der Gesetzgeber das, allerdings auch sehr ungleiche, Interesse der Legatarien oder Fideicommissarien, und der Creditoren, aus einem ganz verschiedenen Gesichtspunkte betrachtet, und deshalb die Ladung der Gläubiger zu der Inventarisirung für unnöthig gehalten hat. So wenig nach der Theorie des gemeinen Rechts, als nach dem, von einer Menge juristischer Schriftsteller bezeugten, Gerichtsgebrauche b) kann also die Citation der Gläubiger für ein Er-

Richter Decis. 59. Nro. 7. Faber Cod. Lib. 6. tit. 11. Def. 17.

b) Mevius P. 2. Dec. 356. Nro. 20. Brunnemann ad Leg. fin. Cod. de jure delib. Nro. 15. Berger Oeconom. Jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 50. Not. 5. pag. 492. Sande Decis. Frisic. Lib. 4. Tit. 12. Def. 4. Ruland de Commiss. P. 4. Lib. 5. Cap. 12. Nro. 6.

Erforderniß des zu errichtenden Erbschafts-Inventarii gehalten werden.

§. 6.

Endlich ist auch

4tens, bey Ermangelung eines besondern Landesgesetzes über den Gegenstand, die, freilich an einigen Orten gebräuchliche, Schätzung der inventarisirten Erbschaftsstücke c) aus dem Grunde, im Allgemeinen, für etwas Unwesentliches bey dem Gebrauche des Beneficii Inventarii anzusehen, weil die hier zur Anwendung kommenden Römischen Gesetze, von der Nothwendigkeit einer solchen Schätzung, gänzlich schweigen d).

§. 7.

Aus diesem allen folget, daß die Zahl der, in dem §. 1 erwähnten Gesetze des Justinian vorgeschriebenen Requisiten eines rechtswirksamen Erbschafts-Inventarii, nicht füglich vermehret oder ausgedehnt werden kann, und es bleibt nur noch die Erwägung übrig: ob die §. 1 angeführten drei gesetzlichen Erfordernisse noch jetzt, ihrer ganzen Strenge nach, von dem Beneficial-Erben zu beobachten sind? Sowohl in ältern als neuern Zeiten haben juristische Schriftsteller es häufig zu vertheidigen gesucht, daß Mängel und Versehen das Inventarium eines vermeintlichen Beneficial-Erben nicht ungültig machten e), daß dieselben durch die Eidesleistung des Erben suppliret wer-

c) Colleg. Jur. Argent. Tit. de jure delib. Th. 34. Nro. 1.

d) Mevius P. 2. Decis. 356. Nro. 29. Brunnemann ad Leg. fin. cit. Nro. 26. Wachau l. c. pag. 18.

e) Carpzov P. 3. Const. 33. Def. 9. Lauterbach Diss.

werden könnten f), und daß das Beneficium Inventarii selbst demjenigen nicht zu versagen sey, der einen Nachlaß in Besitz genommen habe, ohne sich solches ausdrücklich zu bedingen, und ein Inventarium zu errichten g). Diese extensiven Meinungen der Rechtslehrer streiten aber ganz gegen den Inhalt, den Sinn und die Absicht der vorhandenen deutlichen Gesetze.

Nirgend findet es sich in dem Gemeinen Rechte vorgeschrieben, daß eine Specificatio jurata die Stelle eines förmlichen Erbschafts-Inventarii vertreten könne. Es ist dieses blos dem Sächsischen Rechte gemäs, welches an anderen Orten nicht angenommen werden kann h). In den Churbraunschweigschen Landen sind die Vorschriften des Römischen Rechts, über die von dem Beneficial-Erben bey Errichtung des Inventarii zu beobachtenden Förmlichkeiten, durch kein Gesetz aufgehoben, und dasjenige, was der, auch bey uns zu beobachtende allgemeine deutsche Gerichtsgebrauch, anerkannt in diesem Stücke abgeändert hat, bestehet blos darin, daß es dem Erben freistehet, statt der Römischen Art der Inventarisirung durch Notarien und Zeugen, sich einer gerichtlichen Obsignation, Resigna-

de Invent. hered. §. 15. Wernher lectiss. comm. ad Dig. Tit. de jure delib. §. 6. 7.

f) Lauterbach Coll. Th. Pract. L. 23. tit. 8. §. 18. Berger Oecon. Jur. Lib. 2. tit. 4. §. 50. Not. 6. Wernher Vol. 5. Observat. 146. Nro. 3. Mevius P. 2. Dec. 24. P. 4. Dec. 92. Nro. 1.

g) Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 95. Th. 5. Bed. 2.

h) Mevius P. 2. Dec. 96. P. 6. Dec. 59. P. 7. Dec. 50. Hommel Rhaps. Observ. 182. Ayrer spec. jurispr. consult. de abus. juram. §. 62. a Pufendorf Tom. 2. Observat. 101. §. 4 et 5.

signation und Aufzeichnung der Erbschaftsgüter, zu bedienen i). Wählet der Erbe diesen sichersten und kürzesten Weg nicht zur rechten Zeit, und gebrauchet statt desselben eine Güterverzeichnung durch Notarien und Zeugen; so muß er dabey alle Vorschriften des Römischen Rechts, in ihrer ganzen Strenge, um so mehr beobachten, weil widrigenfalls bey der Anwendung des Beneficii Inventarii, ganz wider die weise Absicht des Gesetzgebers, und zur größten Unsicherheit der Erbschafts-Gläubiger, alles nur auf die Willkühr und die Redlichkeit des Erben ankommen würde. Da es übrigens, den Gesetzen nach k), völlig gleichbedeutend ist, ob Jemand etwas gar nicht, oder nicht in der gesetzlichen Form, vorgenommen hat; so ergiebt sich hieraus von selbst, daß alle gesetzlichen Folgen, der gänzlichen Unterlassung eines Inventarii, auch den Erben treffen, der bey der Errichtung des Güterverzeichnisses die rechtlichen Erfordernisse desselben vernachlässiget hat l).

i) Hellfeld jurispr. for. §. 1468. Stryk Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 8. §. 7. Leyser Spec. 364. Med. 4. Knorr de Obsign. judic. et Wachau loc. cit.

k) L. 6. Cod. de Legibus. L. 6. Dig. de auct. tutor.

l) Stryk Caut. testam. Cap. 22. Membr. 2. §. 6. Hellfeld jurispr. for. §. 1471. Wachau Diss. cit. Cap. 4. §. 12.

LXIII. Erörterung.

Ueber einige der erheblichsten Verschiedenheiten zwischen den Ehegesetzen der Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Lande.

Die Ehesachen werden in den Provinzen der Chur-Braunschweig-Lüneburg. Lande nach verschiedenen Gesetzen beurtheilet. Im Fürstenthum Lauenburg gilt die Verlöbnißconstitution vom 11. Aug. 1732; in dem Fürstenthum Calenberg und Lüneburg, sammt den dazu gehörigen Graf- und Herrschaften, die Verlobungsconstitution vom $\frac{5}{16}$ Jan. 1733; in dem Herzogthum Bremen und Verden die Eheverordnung vom 18. May 1753, und im Lande Hadeln die Eheverordnung m) vom 21. Febr. 1786. In den Hauptgegenständen kommen diese Ehegesetze mit einander überein, und besonders bemerkbar wird die Harmonie zwischen den beiden erstern und wieder zwischen den beiden letztern; aber in dem einen und andern Puncte sind sie doch von einander abweichend. Eine Vergleichung derselben dürfte daher, als Hülfsmittel der Interpretation,

m) abgedruckt in den Annalen der Br.-Läneb. Churlande, von Jacobi und Kraut. Jahrg. 1. St. 1. S. 20. Vergl. pract. Erörter. B. 2. Nro. 2. S. 45 ff.

tation, in Absicht einiger schwierigen und zweifelhaften Stellen, nicht ohne Nutzen seyn.

1.

Weder die Lauenburgische und Bremensche, noch die Hadelnsche Constitution erfordern zu einem gesetzmäßigen Verlöbniß die Gegenwart des Predigers. Die Calenbergische und Lüneburgische hingegen schreibt die Zuziehung des Predigers des Orts n), jedoch wörtlich nur bey den Eheverlöbnissen der gemeinen Leute auf dem Lande, welche entweder noch Eltern und Großeltern haben, oder unter Vormündern stehen, als nothwendig vor o).

2.

Ist die Einwilligung p) der Eltern, Großeltern, oder Vormünder vorgängig ertheilt, so muß das Eheversprechen in Gegen-

n) Pract. Erörter. B. 3. Nro. 54.

o) Pract. Erörter. B. 3. Nro. 52. Schlegel Churhannöv. Kirchenrecht, Th. 3. S. 225 ff.

p) Nach der Calenberg., Lüneburg., Bremschen und Lauenburgischen Eheverordnung muß der elterliche Consens allemal ausdrücklich ertheilet werden, und mithin ist eine blos stillschweigende Einwilligung nicht hinreichend. Die Hadelnsche Constitution erfordert aber keine ausdrückliche elterliche Consensertheilung, und es dürfte daher eine stillschweigende Einwilligung der Eltern und Vormünder nicht auszuschließen seyn. In welchen Fällen ein stillschweigender Consens zur Verehelichung überhaupt bey den Eltern anzunehmen ist, davon s. m.

genwart von Zeugen geschehen. Nach der Calenbergischen und Lüneburgischen Eheordnung, womit auch die Lauenburgische übereinstimmt, ist, ausser den Eltern oder Vormündern, die Zuziehung zweyer ehrlichen, d. i. glaubhaften Männer erforderlich, wenn nemlich die zu Verlobenden noch Eltern oder Vormünder haben; sind aber keine Eltern oder Vormünder mehr vorhanden: alsdann soll die Verlobung entweder vor ihrer Ortsobrigkeit, oder mit Zuziehung, wenigstens zweyer, beglaubten Mannspersonen, als Zeugen und Beystände, geschehen. Die Bremsche und Hadelnsche Eheordnungen erfordern, ohne Unterschied, ob die Ehelustigen noch Eltern, Großeltern und Vormünder haben, oder nicht, blos die Gegenwart wenigstens zweyer ehrlichen, beglaubten Mannspersonen q); erwähnen aber keiner Verlobung vor der Ortsobrigkeit. Indeß würde doch ein

f. m. Hennig über die Rechte und Befugnisse der Eltern bey den Verheirathungen ihrer Kinder, §. 58. — Ausser dem Consense der Eltern und Vormünder ist bey Subalternen-Officieren, Unterofficieren und Gemeinen auch noch die Einwilligung der Militairbehörde erforderlich. Schlegel Hannöversches Kirchenrecht, Th. 1. S. 198 f. Militair-Justizreglement v. J. 1736, Cap. 2. §. 9.

q) Durch die, fast in allen Landes-Eheordnungen befindliche Vorschrift, daß die Verlöbnißeinwilligung in Gegenwart zweyer glaubhaften Mannspersonen geschehen soll, scheint die Zuziehung von Frauenspersonen ausgeschlossen zu seyn. Nur die Bremsche Constitution bestimmt im Artic. V, daß die zu Verlobenden, in Gegenwart zweier ehrlichen und unsträflichen Manns- oder Frauenspersonen, sich das Jawort geben sollen. In so fern jedoch diese Zuziehung fremder unverdächtiger Personen nicht der Solennität wegen geschiehet, vielmehr blos den Zweck hat, um durch ihr unparteyisches und gewissenhaftes Zeugniß die Richtigkeit des geschehenen Eheversprechens er-

ein vor derselben vollzogenes Eheversprechen, nach der Analogie der übrigen Landesgesetze, wohl ebenfalls gültig und verbindlich seyn. Von dem Zeugnisse sind, nach der Calenbergischen und Lüneburgischen Constitution, nur der zu Verlobenden ihre Brüder, Brüder- und Schwestersöhne ausgeschlossen; die übrigen Verwandten aber, wenn sie nicht selbst etwa Vormünder oder Curatoren sind, zugelassen. Die Bremsche und Hadelnsche Eheordnungen geben weiter, und nach solchen werden vom Zeugniß ausgeschlossen: der zu Verlobenden Personen leibliche Stief- und Schwiegerväter, und deren, so wie auch der Mütter ascendentes; ferner leibliche Stief- und Schwiegersöhne und deren, so wie auch der Töchter, descendentes; nicht weniger Brüder und deren Söhne, und endlich die Väter- und Mütter-Brüder.

3.

Man ist zuweilen nicht einig darüber, ob die Verlobungszeugen nicht der Solennität wegen zugezogen werden, mithin solenn requirirt seyn müssen? Allerdings enthält die Verlobung eine feierliche Handlung, aber doch nicht in der Hinsicht, daß dazu gerade eine solenne Einladung der Zeugen erfordert würde; wenigstens schreiben unsere Ehegesetze eine solche feierliche Requisition derselben nirgends vor. Aber zur Form der geschehenen Verlobungseinwilligung, und zum Beweise derselben, ist deren Gegenwart durchaus nothwendig; weil ein, ohne Zeugen, oder ohne deren genugsames Mitwissen, vollzogenes Eheversprechen für heimlich, ungültig und unkräftig dergestalt erklärt ist, daß daraus keine Eheklage angenommen und erhoben werden darf *).

4.

erweisen zu können, dürften Frauenspersonen wohl eben so zulässige und tüchtige Zeugen seyn, als Mannspersonen.

*) Schlegel a. a. O. S. 232.

4.

Die Nothwendigkeit des Consenses der Eltern, Großeltern und Vormünder, hebt die freie Eheeinwilligung der Kinder und Pflegbefohlnen nicht auf. Aber über die Frage tritt zuweilen eine Verschiedenheit der Meinungen ein: ob die Kinder, nach unsern Landesehegesetzen, ihre Einwilligung auch stillschweigend r) ertheilen können, oder ob nicht vielmehr die ausdrückliche Verlöbnißeinwilligung derselben erforderlich ist? Nach gemeinen Rechten kann das Eheversprechen unstreitig durch deutliche Zeugen und sprechende Handlungen, folglich durch eine stillschweigende Einwilligung verbindlich werden s). Der Vater konnte sogar nach römischen Gesetzen seinen Töchtern eine Heirath befehlen, welches Recht jedoch in der Folge sehr eingeschränkt wurde t). Unsere Provincialgesetze erfordern aber ein ausdrückliches Eheversprechen der Verlobten in Gegenwart der Zeugen, und ein stillschweigendes kann, als constitutionswidrig, unwirksam gemacht werden: wenn einer der Verlobten bey demselben nicht bleiben will. In der Calenbergischen und Lüneburgischen Eheordnung findet sich zwar hierüber keine wörtliche Bestimmung; allein es heißt doch darin: daß die Ehelustigen, in Gegenwart zweyer Mannspersonen sich verloben sollen. Den Zeugen würde es aber unmöglich fallen, eine

r) Z. B. die Eltern oder Vormünder erklärten in Gegenwart der zu Verlobenden: es sey Verlobungstag; sie ließen die Ringe wechseln; setzten den Tag der Hochzeit fest und dergl. mehr, ohne daß die Kinder und Pflegbefohlnen widersprächen, oder ihre Abneigung bezeigten.

s) L. 12. pr. D. de sponsal. Schotts Eherecht, §. 147. Wiese Handbuch des Kirchenrechts, §. 268.

t) Höpfner Commentar über die Institutionen, §. 112. Hennig a.a.O. §. 64.

eine unparteiische Bekräftigung der Wahrheit, von dem geschehenen wechselseitigen Eheversprechen, abzulegen, wenn sie die Einwilligung der Verlobten selbst nicht wirklich gehört hätten. Dem Sinne jener Verordnungen ist es daher völlig angemessen, wenn man zu constitutionsmäßigen Sponsalien ein ausdrückliches, kein stillschweigendes, Eheversprechen der Verlobten in Gegenwart der Zeugen erforderlich achtet u). Daß diese Meinung mit der Absicht des Gesetzgebers vollkommen übereinstimmt, läßt sich aus den übrigen Eheordnungen auf eine überzeugende Weise darthun. In der Bremschen Eheverordnung heißt es: „bey der ehelichen Verlobung sollen, wenigstens zwo ehrliche und unsträfliche Personen, in deren Gegenwart das Jawort gegeben wird, zugegen seyn." In der Hadelnschen Constitution wird noch bestimmter festgesetzt: „bey der ehelichen Verlobung sollen, ausser den Eltern oder Vormündern, wenigstens zwey ehrliche beglaubte Mannspersonen, in deren Gegenwart das Jawort dergestalt gegeben wird, daß sie solches hören, und im Falle, daß die sich Verlobenden sich zur Bestätigung die Hände geben, oder sich etwas auf die Treue schenken, solches sehen, gegenwartig seyn, um sie nachmals, falls es nöthig seyn sollte, als Zeugen gebrauchen zu können." Und in der Lauenburgischen Eheordnung ist bestimmt: „es sollen sich die zu Verlobenden in zweier ehrlichen Mannspersonen Gegenwart einander das Jawort geben." Hierdurch ist also der stillschweigende Consens der zu Verlobenden ausgeschlossen, und wenn sie einander nicht deutlich das Jawort, in Gegenwart der Zeugen, gegeben haben; so ist die gesetzlich vorgeschriebene Form aus der Acht gelassen, es fehlt an der Gewißheit der freien und

u) Hiernach ist auch vom höchsten Tribunale gesprochen. a Pufendorf Tom. 3. obs. 43. Eisenharts Rechtshändel, Th. 2. S. 258 f.

und ungezwungenen Verlöbnißeinwilligung, und die Sponsalien sind constitutionswidrig. Will alsdann ein Theil von solchen mangelhaften Sponsalien zurücktreten, so darf der Eherichter, um unglückliche Ehen zu verhüten, solche nicht aufrecht erhalten x). Das höchste Tribunal erkannte auch nach diesen Grundsätzen, und verwarf in Gemäßheit der Lauenburg. Verlobungsconstitution einen, auf die blos stillschweigend geschehen seyn sollende Verlöbnißeinwilligung, gerichteten Zeugenbeweis, als überflüssig und unzulässig, am 21. May 1801, in Sachen **Willruth** c. **Freesch**, pto. Einspruchs.

5.

Unsere Landesehegesetze verordnen allgemein, daß jedes Eheverlöbniß, welches ohne geziemend nachgesuchte, d. h. ohne vorgängig erbetene, Einwilligung der Eltern, Großeltern und Vormünder von den Kindern eingegangen ist, völlig nichtig und kraftlos seyn soll *). Dahingegen dürfen aber auch Eltern oder Vormünder, welche vorher gehörig um ihren Consens gebeten sind, ihre Einwilligung nicht aus Geiz, Eigensinn oder sonst unbilligen Absichten versagen. Nur gerechte und vernünftige Ursachen sollen die Eltern und Vormünder berechtigen können, ihren Consens den Kindern und Pflegbefohlnen zu ihrer Verheirathung zu versagen. Welche Weigerungsursachen aber im Allgemeinen für rechtmäßig zu achten sind? darüber bestimmen die obigen Gesetze nichts, und es ist also die Beurtheilung derselben dem vernünftigen und sorgsamen Ermessen des Eherichters überlassen worden y).

6.

x) Man vergl. **Hennig** a. a. O. §. 67.

*) **Schlegel** a. a. O. S. 205 ff.

y) Von solchen rechtmäßigen Weigerungsgründen handelt ausführlich **Hennig** a. a. O. §. 68 ff.

6.

Alle Provincial-Eheordnungen sind übrigens darunter völlig übereinstimmend, daß alle unconstitutionsmäßigen Verlobungen, wenn auch gleich der Beyschlaf oder ein Eidschwur hinzugekommen, für nichtig geachtet, und die deßfalls erhobenen Klagen von den Konsistorien sofort zurückgewiesen werden sollen. Eine gleiche Uebereinstimmung findet Statt, daß einer, weder Eltern noch Vormünder habenden Mannsperson, welche eine ehrliche und unberüchtigte Frauensperson, unter dem Versprechen der Ehe, zum Beyschlaf verführet hat, diese Verordnungen nicht zur Entschuldigung oder Ausflucht, gegen die Vollziehung der Ehe, dienen sollen. Nur die Lauenburgische Constitution enthält namentlich die Einschränkung, daß die Verführte nicht ungleichen Standes mit dem Verführer seyn muß, wenn sie mit der Eheklage gehört werden soll.

LXIV. Erörterung.

Von der obrigkeitlichen Supplirung des versagten elterlichen Eheconsenses.

Die Verbindlichkeit der Kinder, bey Eheverlöbnissen die elterliche Einwilligung nachzusuchen, liegt theils in der Ehrfurcht und Achtung, welche sie ihren Eltern schuldig sind; theils aber in dem Erziehungsrechte z), vermöge dessen Eltern die Befugniß

z) Ist die Erziehung vollendet, und die väterliche Gewalt — bey Söhnen durch Anstellung eines abgesonderten Haushalts, bey Töchtern durch eine Heirath — aufgelöst; so haben die Kinder die Rechte selbstständiger Menschen. Sie sind alsdann nicht weiter bey ihren Verlöbnissen an die elterliche Einwilligung gebunden; weil die fortdauernde Ehrfurcht gegen die Eltern, für die aus der elterlichen Gewalt bereits entlassenen Kinder, in dieser Hinsicht, keine Zwangsrechte begründet. Schott Eherecht, §. 93. Nach unsern Eheverlobungsconstitutionen sollen jedoch alle, sowohl Manns- als Frauenspersonen, die Einwilligung der Eltern und Großeltern, wenn sie noch am Leben sind, nachsuchen, bey Strafe der Nichtigkeit. Besonders bestimmt drückt sich darüber die Bremsche Eheordnung im Artik. 1 aus.

niß haben, solche Handlungen der Kinder zu verhüthen, welche ihre Vollkommenheit und Glückseligkeit vermindern, oder zerstöhren könnten. Haben die Eltern gerechte Ursachen, ihre Einwilligung zu der Ehe zu versagen, so kann die Obrigkeit niemals den elterlichen Consens ergänzen, und an der widersprechenden Eltern Stelle die Schließung der Ehe erlauben. Unter die gerechten Ursachen der Weigerung kann man im allgemeinen völlige Ungleichheit des Standes und Herkommens, verschwenderisches Leben, Mangel des nöthigen Auskommens, angewendete List, üblen Ruf, Liederlichkeit, Trunkfälligkeit, ansteckende, schwer zu heilende, Krankheiten und andere ähnliche Ursachen zählen; insonderheit aber muß man das heimliche Eheversprechen und solche Handlungen der Kinder dahin rechnen, wodurch sie die gebetene, aber versagte Einwilligung der Eltern zu erzwingen gesucht haben, z. B. durch Beyschlaf a), Entführung oder Entlaufung aus dem elterlichen Hause, Beschimpfungen, oder

a) Ist der Beyschlaf nicht erst nach erbetenem, aber versagtem, elterlichen Consense, sondern vorher, ohne sich zuvor heimlich versprochen zu haben, und in einem unbewachten schwachen Augenblicke, mithin nicht aus Verachtung des elterlichen Ansehens, oder um die Einwilligung zu erzwingen, geschehen; nachmals aber um den elterlichen Consens gebeten worden: so dürfte solcher von den Eltern und Vormündern nicht anders zu verweigern seyn, als wenn sie dazu gerechte andere Ursachen haben. Sind solche nicht anzugeben, so kann das Consistorium, auf Ansuchen der Geschwächten, den Consens suppliren, und damit die Gefallne zugleich wieder zu Ehren bringen. Denn der Ausdruck in der Eheconstitution: die Einwilligung geziemend suchen, ist nur dahin zu verstehen, daß die Kinder vor ihrer Verlobung um die elterliche Einwilligung bitten, sonst aber diese heimlichen Verlöbnisse nichtig und unverbindlich seyn sollen, wenn gleich der Beyschlaf hinzugekommen ist.

oder wider die Eltern gebrauchte Thätlichkeiten u. s. w. In den genannten letztern Fällen sind die Eltern gar nicht verbunden, besondere Ursachen ihres Widerspruchs anzuführen b), und das Consistorium darf den versagten elterlichen Consens nicht suppliren; weil diese Befugniß nur in dem Falle, nach der Eheverlobungsconstitution §. 3, demselben beygelegt ist, wenn die Eltern, Großeltern, oder Vormünder die bey ihnen geziemend gesuchte Einwilligung, ohne erhebliche Ursachen, verzögern oder versagen. In den zuletzt bemerkten Handlungen der Kinder liegt aber eine offenbare Verachtung und Geringschätzung des elterlichen Ansehens, und schon selbst das Gegentheil von dem, was das Gesetz mit dem Worte: geziemend oder gebührend, hat andeuten und bestimmen wollen. Aus diesem Grunde kann und muß daher der Richter, wenn dergleichen Handlungen der Kinder in den Acten klar vorliegen, von Amtswegen die nachgesuchte Supplirung des elterlichen Consenses abschlagen, wenn gleich die Eltern, oder deren Consulenten, sie nicht geradezu zum Grunde ihres Widerspruchs gelegt, sondern deßhalb andere, an sich unerhebliche, Ursachen angeführet haben sollten c).

Wenn indeß die Kinder ihre Pflicht gehörig beobachten, und die Eltern oder Vormünder, ehe sie sich in ein Eheverlöbniß einlassen, um ihre Einwilligung ersuchen; letztere aber aus Geitz, Eigensinn und unbilligen Absichten oder aus andern völlig unerheblichen Gründen d) ihnen solche versagen: so

b) a Pufendorf Tom. 4. obs. 99.

c) Pract. Erörter. B. 3. S. 250 u. 301.

d) So werden z. B. oftmals die eingeschränkten Verstandeskräfte, Unerfahrenheit in der Landwirthschaftsführung, das jugendliche Alter der Kinder u. s. w. als Weigerungsursachen angeführt, deren Unerheblichkeit man aber leicht

so kann das Consistorium dem, von seinen Eltern oder Vormündern also gedrückten Kinde, an deren Stelle, die Schließung der Ehe gestatten e). Sind jedoch die Ursachen des elterlichen Widerspruchs nicht offenbar unerheblich, und zeugen sie nicht von einem bloßen Eigensinne; vielmehr von der guten, gewissenhaften Absicht der Eltern, das Glück und Wohl ihres Kindes zu befördern, und es vor höchstwahrscheinlichem künftigen Nachtheil oder Unglück zu sichern; so sollte billig keine Supplirung des elterlichen Consenses erkannt werden. Nach einem Theile der bisherigen Grundsätze urtheilte das höchste Tribunal am 26. Jul. 1800, in S. Niemeyer w. Jürgens, in pto. supplendi consensus, und rescribirte an das Königl. Consistorium dahin: Nachdem es nun nach dem §. 1 der Eheverlobungsconstitution v. J. 1733 den Kindern, welche sich zu verheirathen gedenken, zur Pflicht gemacht worden, bevor sie sich mit Jemandem der Ehe wegen einlassen, um den Consens der Eltern geziemend nachzusuchen, und nach dem §. 3 besagter Constitution dieselben nur alsdann, wenn sie dieser Verordnung gehorsamlich nachgelebt, auf eine obrigkeitliche Supplirung des ihnen, von den Eltern unbilligerweise versagten, Consenses hoffen dürfen; Im vorliegenden Falle aber von einer solchen geziemenden Nachsuchung des elterlichen Consenses nicht nur überall nicht constirt, sondern auch aus der Aufführung der Mitimploratin, und aus ihrem ganzen Benehmen, bey ihrer

leicht entdecken kann. Weder Volljährigkeit noch ein sonst bestimmtes Alter wird erfordert, um wegen Verweigerung des Consenses klagen zu können; nur darf freilich das eheluſtige Kind nicht zu jugendlich seyn, sondern es muß wenigstens ein zur Ehe hinreichendes Alter haben. Pract. Erörter. B. 2. S. 382 ff.

e) Eheverlobungsconstitution, §. 3. Schlegel a. a. O. S. 239 ff.

rer intendirten Verheirathung, ein beharrlicher Ungehorsam, und insbesondere aus ihrer sich deutlich zeigenden Absicht, dadurch den elterlichen Consens zu erzwingen, geschehenen Entweichung aus dem väterlichen Hause, ein contemtus des elterlichen Ansehens sich genugsam zum Tage legt — so habt ihr mit Beyseitsetzung des decreti a quo vom 30. Apr. 1799 die Imploraten mit ihrer Klage abzuweisen und die mitimploratische Niemeyersche Tochter zur Rückkehr in ihrer Eltern Haus anzuhalten u. s. w.

LXV. Erörterung.

Von der Eheklage, welche aus einem, unter dem Versprechen der Ehe, vollzogenen Beyschlafe entspringt.

Zur Erläuterung der Eheverlobungsconstitution vom Jahr 1733, §. 5.

Um die Vollziehung der Ehe gerichtlich verlangen, oder die Eheklage mit voller Wirkung anstellen zu können, werden nach unsern Landesgesetzen entweder constitutionsmäßige Sponsalien f), oder die Verleitung zum Beyschlaf, unter dem Versprechen der Ehe, erfordert. Unconstitutionsmäßige Eheverlöbnisse erlangen durch den hinzugekommenen Beyschlaf unter den Verlobten gar keine besondere Kraft.

Ist

f) Pract. Erörter. B. 3, Nro. 52 u. 53.

Ist aber eine Frauensperson mit dem Versprechen der Ehe zum Beyschlaf verführt, und kann dieser Umstand von ihr erwiesen werden; so findet dennoch die Eheklage nur dann mit vollkommner Wirksamkeit Statt, wenn der Schwängerer weder Eltern g) noch Vormünder hat, und sie selbst eine ehrliche, ihres Lebens und Wandels wegen unberüchtigte, Person ist, wofür im Zweifel die allgemeine Vermuthung allerdings streitet. Hat der Schwängerer noch Eltern, oder Vormünder, so können sie durch ihren bloßen Widerspruch die erhobene Eheklage ganz unwirksam machen; weil der Stuprator selbst durch den, unter einem Eheversprechen, vollzogenen Beyschlaf ihre Befugnisse nicht aufheben kann, und Eltern oder Vormünder schon wegen des nicht geziemend, d. i. vor der Verlobung, nachgesuchten Consenses, wenn sie gleich sonst nicht den mindesten Grund zum Widerspruch haben, berechtigt sind, ihre Einwilligung zu versagen h).

Sind

g) In der Eheconstitution §. 5. werden blos die Eltern und Vormünder genannt. Es scheint also, wenn man sich strenge an die Worte des Gesetzes hält, daß Großeltern, wenn ein solcher Schwängerer volljährig ist, die Eheklage nicht hindern dürfen. Aber was im §. 2 derselben von dem Annullationsrechte der Großeltern verordnet wird, daß constitutionswidrige Sponsalien, durch den hinzugekommnen Beyschlaf der Verlobten, nicht gültig seyn sollen, zeigt deutlich, daß auch den Großeltern ihre Annullationsbefugnisse hierbey nicht haben genommen werden sollen. Man vergl. übrigens Quistorp in den Beyträgen zur Erläuter. verschied. Rechtsmater. Nro. 29.

h) Pract. Erörter. B. 3. S. 301. Die Eheconstitution redet zwar wörtlich nur von den Eltern und Vormündern des Schwängerers, daß es aber auch den Eltern oder Vormündern der Geschwächten freistehet, wenn der Stuprator bereit ist, die Ehe zu vollziehen, ihre Einwilligung zu versagen, dürfte

an

Sind die Eltern der Mannsperson, welche ein unbescholtenes Frauenzimmer unter dem Versprechen der Ehe zum Beyschlaf verführet hat, vor der angestellten Eheklage verstorben, oder hat wegen erlangter Volljährigkeit die Vormundschaft bereits aufgehört; das Eheversprechen selbst und der unter demselben vollzogene Beyschlaf ist aber noch bey Lebzeiten der Eltern, oder während der Vormundschaft geschehen: so wird es zweifelhaft gehalten, ob der Umstand, daß einer der Eltern zur Zeit des, unter dem Eheversprechen, vollzogenen Beyschlafs am Leben, oder der Schwängerer noch unter der Vormundschaft gewesen ist, allein genommen, hinreichend sey, die Eheklage unwirksam zu machen?

Unstreitig ist jedes, ohne vorgängige Einwilligung der Eltern und Vormünder, geschlossene Eheverlöbniß nichtig und kraftlos, es soll daraus gar keine Eheklage angenommen und selbst von dem Richter auf das Daseyn der elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung von Amtswegen gesehen werden i). Allein diese Strenge der Verordnung ist doch wohl nur bey constitutionswidrigen Sponsalien anwendbar, und auf Ehe-

an sich wohl keinen Zweifel finden, obgleich eine solche Versagung der Einwilligung nur sehr selten eintreten wird. Haben indeß die Eltern oder Vormünder gerechte Ursachen, ihren Consens zu verweigern, so ist dennoch der Stuprator verbunden, die Schwängerung mag unter dem Versprechen der Ehe geschehen seyn, oder nicht, der geschwächten Person eine angemessene Abfindung zu geben, wenn kein besonderer Grund eintritt, welcher ihn überhaupt von der Dotation befreiet. Cap. 1. X. de adult. et stupr. von Quistorp peinl. Recht, §. 479. Das höchste Tribunal hat auch hiernach am 1. Jul. 1801 geurtheilt, in S. Mielenhausen w. Pape.

i) Ehe constitution, §. 2. Pract. Erörter. B. 3. Num. 53.

Eheversprechen, wodurch eine unbescholtene Frauensperson zum Beyschlaf verführet wird, in ihrer vollen Stärke nicht auszudehnen. Denn das den Eltern und Vormündern beygelegte Annullationsrecht ist nicht lediglich zum Besten der Kinder und Pflegbefohlnen, sondern auch zum Vortheil der Eltern selbst eingeführt. Haben die letztern, bey ihrem Leben, davon keinen Gebrauch gemacht, oder machen wollen, so kann sich billig der Verführer nicht mit dieser Ausflucht für seine Person decken. Und wären die Eltern noch am Leben, so hätten sie vieleicht bewogen werden können, in der Folge ihre Einwilligung zu ertheilen, und dadurch dem, in Rücksicht ihrer, nichtigen Eheversprechen Gültigkeit zu geben k). Nach ihrem Absterben kann aber kein solcher Versuch weiter Statt finden. Ueberdies verordnet

k) a Pufendorf Tom. 1. obs. 72. Wenn daher die Eltern oder Vormünder, bey der von der Verführten erhobenen Eheklage, ihren Widerspruch nicht zu erkennen geben, so kann sich der Verführer für seine Person mit der Ausflucht nicht dagegen schützen: daß er noch Eltern oder Vormünder habe, mithin die Eheklage unstatthaft, oder der von der Verführten übernommne Beweis: daß sie wirklich von ihm unter dem Versprechen der Ehe zum Beyschlaf verleitet worden, irrelevant sey. In Rücksicht des Verführers würde dieser Einwand offenbar eine except. de jure tertii enthalten, und auch der Richter nicht befugt seyn, durch Aufforderung der Eltern oder Vormünder, diese Einrede ex officio zu suppliren; da es von der Willkühr der letztern allein abhängt, ob sie den ihnen zustehenden Widerspruch geltend machen wollen oder nicht. Die Praxis scheint diese Meinung zu billigen, wenigstens ist noch neuerlich nach derselben vom Calenb. Senate des O.A.Gerichts, am 9. Oct. 1802, in S. Benecke c. Rhodas, in pto. matrimonii, erkannt worden. M. vergl. übrigens a Pufendorf Tom. 3. obs. 43.

ordnet die mehrerwähnte Eheconstitution im §. 5 ganz bestimmt: daß einem solchen boshaften Ehrenschänder für seine Person diese Verordnung zu keinem Deckmantel seiner Bosheit, noch Entschuldigung, oder Ausflucht, daß die Eheverlöbniß nicht ordentlich geschehen, dienen; vielmehr die, unter dem Versprechen der Ehe, geschwächte unbescholtene Frauensperson mit der Eheklage gehört und auf Vollziehung der Ehe erkannt werden solle.

Nach den Worten und dem Sinne dieser gesetzlichen Vorschrift, ist also nicht darauf zu sehen, ob die Eltern des Verführers zur Zeit des, unter dem Eheversprechen, vollzogenen Beyschlafs lebten, oder derselbe annoch unter Vormündern stand; sondern es kommt wohl hauptsächlich nur darauf an: ob der Verführer zur Zeit der angestellten Eheklage keine Eltern und Vormünder mehr hat; denn im letztern Falle soll die Eheklage Statt finden, auf Vollziehung der Ehe erkannt, und derselbe für seine Person mit keiner Ausflucht und Entschuldigung gehört werden; insonderheit aber die Eheconstitution ihm zu keinem Deckmantel seiner Bosheit dienen. Der Umstand, daß zur Zeit des Eheversprechens die Eltern noch lebten, oder der Schwängerer unter Vormündern stand, kann daher, allein genommen, denselben nicht von der Vollziehung der Ehe befreien, wenn keine andern rechtmäßigen Ursachen hinzutreten, welche die Aufhebung des Eheversprechens begründen, oder die Vollziehung der Ehe hindern können l). In Gemäßheit dieser Grundsätze erkannte das Königl. Consistorium zu Hannover, am 29. May 1800, in Sachen Annen Blome w. Johann Cramer, pto. matrimonii: „da der Umstand, daß zur Zeit des Eheversprechens der Vater des Imploraten noch am Leben gewesen, allein

l) Dabelow Eherecht, §. 110 u. 118. Schott Einleit. in das Eherecht, §. 151.

allein genommen, ganz unerheblich ist, so stehet dem von ihm geschehenen Suchen — ihn von der Vollziehung der Ehe freizusprechen — nicht zu deferiren." Dieses Erkenntniß ward darauf vom Calenbergischen Senate des Oberappellationsgerichts am 6. Nov. 1800 und 18. May 1801 sowohl in der Appellations- als Restitutionsinstanz völlig bestätigt.

Uebrigens kann nur derjenige Beyschlaf als ein solcher, der unter der Hoffnung der Ehe geschehen ist, angesehen werden, welcher sich auf ein vorhergegangenes ernsthaftes Versprechen der Ehe gründet, und wo mithin die Geschwächte, blos in der Erwartung einer künftigen Ehe, ihre Keuschheit aufopfert und den Genuß der ehelichen Rechte ihrem Verlobten im Voraus nachgiebig gestattet m). Es ist zwar dabey allezeit ein ernsthaftes Eheversprechen vorauszusetzen; aber eine schriftliche oder mündliche Erklärung, mit der Geschwächten künftig eine Ehe eingehen zu wollen, ist dazu nicht durchaus erforderlich; es müssen vielmehr dabey auch solche Ausdrücke, Handlungen und Umstände n) als hinreichend betrachtet werden, die ein ernsthaftes Eheversprechen andeuten und erwarten lassen. In solchen Fällen wird die Mannsperson, welche keine Eltern, Großeltern oder Vormünder mehr hat, deren Rechten auf die zu ertheilende Einwilligung weder durch eine heimliche priesterliche Trauung, noch Eidschwur, noch Beyschlaf ein Nachtheil zugefügt werden kann, nach der Eheconstitution in die absolute Verbindlichkeit gesetzt, die unbescholtene o) Frauensperson,

m) Quistorp a. a. O. Schlegel a. a. O. S. 251.

n) a Pufendorf Tom. 4. obs. 46. Böhmer in jure eccl. protest. Lib. 4. tit. 1. §. 23. 101 seqq. Leyser spec. 290. m. 6. u. spec. 294. m. 1.

o) Die Eheconstitution bestimmt im §. 5 ausdrücklich: daß die Verführte eine ehrliche und ihres Lebens und Wandels we-

person, welche er durch das Versprechen der Ehe zum Beyschlaf verleitet, und auf diese Weise um ihre Ehre gebracht hat, sie mag Witwe oder Jungfer gewesen, und durch den Beyschlaf schwanger geworden seyn, oder nicht, zu ehelichen.

LXVI. Erörterung.

In wie fern Minderjährige wider gültige Verlöbnisse in den vorigen Stand zu setzen sind.

Nach gemeinen Rechten können sich Minderjährige ohne Einwilligung ihres Curators nicht nur gültig verloben, sondern auch selbst eine Ehe, ohne dessen Zustimmung, schließen p). Unsere Provincialgesetze halten ebenfalls die Verlöbnisse der Minderjährigen für erlaubt und zulässig; aber sie erfordern zu deren Gültig- und Gesetzmäßigkeit die vorgängige Einwilligung der Vormünder oder

wegen unberüchtigte Person auch, sonst guten Namens seyn soll. Es ist also nicht genug, daß sie vorhin mit andern Mannspersonen keine Unzucht getrieben, keusch und züchtig gelebt hat; sondern sie muß auch überhaupt ihre bürgerliche Ehre im Publico erhalten und durch keine sonst schimpfliche Handlungen verloren haben.

p) L. 20. D. u. L. 8. C. de ritu nupt. Glück im Commentar §. 288.

oder Curatoren ganz nothwendig q), um den unvorsichtigen Eheverbindungen leichtsinniger jungen Leute vorzubeugen. Denn Vorsichtigkeit, Erfahrung und Circumspection fehlen nicht selten dem Jünglinge und Mädchen bey diesem, für ihre ganze Lebenszeit, so wichtigen Schritte.

Die Frage: ob und in wie fern der Minderjährige ein unter den landesgesetzlichen Erfordernissen geschlossenes Eheverlöbniß durch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufzuheben berechtigt ist? wird in der angeführten Eheverlobungsconstitution nicht bestimmt entschieden r). Einige Rechtsgelehrte scheinen anzunehmen, daß die bloße Minderjährigkeit ein rechtmäßiger Grund zum Rücktritte sey s), und verschiedene Schriftsteller behaupten, daß es dabey keines besondern Beweises einer Läsion in der Hinsicht bedürfe; weil die eingegangenen Sponsalien die Freiheit, eine andere Eheverbindung einzugehen, beschränkten und überhaupt eine unglückliche Ehe zu fürchten sey, wenn der Minderjährige sie wider seine Neigung und gegen seinen Willen vollziehen müßte t).

Diese

q) Eheverlobungsconstitution vom 16. Jan. 1733. in Corp. Const. Calenberg. Th. 1. Cap. 1. S. 941, und in Corp. Const. Cell. Cap. 1. S. 1136.

r) Von den rechtmäßigen Ursachen, aus welchen überhaupt ein an sich gültiges Eheversprechen aufgehoben werden kann, s. m. Dabelow Eherecht, §. 114 ff.

s) Hellfeld jurispr. forens. §. 462. Schott Einleitung in das Eherecht, §. 156.

t) Böhmer in jure eccl. Protest. Tom. 3. lib. 4. §. 88 seq. und in Exercitat. ad pandectas, Tom. 2. p. 562 seq. Glück a. a. O. §. 462.

Diese letztere Meinung dürfte aber, wenn man sie unbedingt und ohne Einschränkung annimmt, sehr weit führen, und von bedenklichen Folgen seyn. Die Braut ist in den mehrsten Fällen minderjährig, und es würde also den minderjährigen gültig Verlobten, wenn man das bloße Alter für einen zureichenden Grund zum Rücktritte, oder die Sponsalien allemal für sie nachtheilig halten könnte, ganz freistehen, das geschlossene Eheverlöbniß durch das Rechtsmittel der Wiederherstellung in den vorigen Stand aufzuheben. Angesehene Rechtsschriftsteller u) behaupten daher, daß gegen ein gültiges Eheversprechen die Restitution nur dann Statt habe, wenn der minderjährige Verlobte zeigen kann, daß es ihm wirklich nachtheilig ist x). Diese Meinung stimmt nicht nur mit dem Sinne und der Absicht unserer Eheverlobungsconstitution völlig überein, sondern sie ist auch den Grundsätzen eines jeden Restitutionsgesuchs vollkommen angemessen, und daher vom Calenbergischen Senate des höchsten Tribunals am 17ten Oct. 1798 in Sachen Hillebrecht wider Hampe, und am 16. Apr. 1801 in S. Adelheid Schwarzen w. Anfurth, pto. Vollziehung der Ehe, angenommen worden.

Kann nun aber der minderjährige Verlobte, durch Anführung besonderer Umstände und Ursachen, einen wirklichen Nachtheil zeigen, und findet ihn der Richter, nach sorgfältiger Prüfung, so erheblich, um dadurch die Restitution zu erkennen; so dürfte der Gegentheil auch auf keine Entschädigung Anspruch machen können, weil durch die ertheilte Restitution alles wieder in

u) Leyser spec. 295. m. 8. Dabelow a. a. O. §. 120.

x) Auch nach dem allgem. Gesetzbuche für die Preuss. Staaten, Th. 2. Tit. 1. §. 110 ist die bloße Minderjährigkeit kein rechtlicher Grund zur Aufhebung eines gültigen Eheverlöbnisses.

in den vorigen Stand zurücktreten und eben dadurch der Minderjährige ausser allen Schaden gesetzt werden soll y).

LXVII. Erörterung.

Die Trennung vom Tische und Bette, welche bis auf anderweite Verordnung geschiehet, ist von der Separation auf beständig wohl zu unterscheiden.

Wegen geringerer Ursachen z), welche zur Ehescheidung nicht hinreichen, ist auch bey den Protestanten die Trennung vom Tische

y) Glück a. a. O. §. 442. Wiese Handbuch des Kirchenrechts, §. 271.

z) Nach der Disposition der Lüneburgischen Kirchenordnung, Kap. 14. §. 10, sollen nur die zwei Ursachen: Ehebruch und bösliche Verlassung, die Scheidung begründen. Andere Ursachen von gleicher Wichtigkeit sind aber dadurch nicht ausgeschlossen, und daher wird, wegen anderer vorsätzlichen Unkeuschheiten, ausser dem Ehebruche, wegen böslicher Verweigerung des ehelichen Beyschlafs, wegen Lebensnachstellungen und grober Verletzungen, der Analogie und dem Gerichtsgebrauche gemäs, auf gänzliche Scheidung erkannt. Aber ein, unter den Ehegatten entstandener, gewöhnlich blos einseitiger, Haß, Feindschaft und Erbitterung, eine unordentliche Lebensart, unüberwind-

Tische und Bette gebräuchlich. Man hat sie von jeher als ein, freilich nicht immer wirksames, Besserungs- oder Versöhnungsmittel der Ehegatten, zwischen welchen die eheliche Harmonie durch Zanksucht und wildes Betragen des einen oder andern Theils gestöhrt ist, angesehen, und sie wird daher noch oftmals von den Consistorien, nach vorgängiger Untersuchung der Sache, entweder auf bestimmte Jahre, oder unbestimmte Zeit, bis auf weitere Verordnung, erkannt. Auf beständig und immer kann die Separation, schon ihrem Zwecke nach, nicht Statt haben. Bey den Protestanten wird die Ehe für kein Sacrament, wie bey den Katholiken, gehalten, und eine Trennung der Ehegatten auf beständig würde nicht nur, ihrer Wirkung nach, eine wahre Ehescheidung enthalten, sondern auch ganz unnöthig seyn, weil bey den Protestanten die Scheidung zulässig ist.

Die Trennung vom Tische und Bette auf unbestimmte Zeit, oder bis zu anderweiter Verordnung, unterscheidet sich aber sehr wesentlich von einer beständigen Separation. Die letztere ist als ein Surrogat der förmlichen Scheidung zu betrachten, und wenn sie erkannt werden könnte, so würde kein Ehegatte die Wiedervereinigung von dem andern zu fordern befugt seyn. Bey der erstern hingegen können sich die Eheleute, nach erfolgter Aussöhnung, ohne alle gerichtliche Erlaubniß wieder vereinigen, oder es kann auch einer der Ehegatten gerichtlich darauf antragen, daß dem andern die Fortsetzung der Eheverbindung und die Wiederaufnahme auferlegt werde. Nur dann

windliche Abneigung, unleidliche Sitten, Kränklichkeit, üble Haushaltung und dergleichen, werden in der Regel als gültige Ehescheidungsursachen nicht anerkannt, wie vom höchsten Tribunale im Jun. 1802, in Sachen Koch wider dessen Ehefrau, pto. divortii, angenommen ist.

dann, wenn die Trennung auf bestimmte Zeit erkannt ist, darf kein Theil, vor Ablauf derselben, mit der Hoffnung eines günstigen Erfolges die Wiedervereinigung, wider den Willen des andern, verlangen, oder auf einen gerichtlichen Befehl zur Reception antragen. Ist aber der Separationstermin verstrichen, und die Ursache der Trennung gehoben, so darf allerdings der Theil, welchem daran gelegen ist, auf die Fortsetzung und Wiederherstellung der ehelichen Verbindung klagen. Erfolgt indeß, während solcher Zeit, keine Aussöhnung der Gemüther und dauern die Ursachen der erkannten Trennung noch fort, so kann die Separation noch weiter auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängert werden. Sollte aber auch dieser letzte Versuch fruchtlos ablaufen; alsdann muß es endlich zur Scheidung kommen a); weil sonst eine perpetuirliche, nicht zulässige, Separation Statt haben müßte, oder doch, durch anzuwendende richterliche Zwangsmittel, leicht Aergerniß, größeres Unglück und Gefahr entstehen könnten, welche billig abzuwenden sind, und auch, nach der bestimmten Vorschrift der Kirchenordnung b), möglichst vermieden werden sollen.

a) Löbethan Eherechtsgelehrsamkeit, S. 213. Wiese Handbuch des Kirchenrechts, Th. 3. §. 425. Schlegel a. a. O. S. 371.

b) a. a. O. §. 16.

LXVIII. Erörterung.

Die Verordnung der Gesetze, daß ein, im siebenten Monate gebornes Kind für legitim zu halten sey, ist nicht blos auf die im Ehestande erfolgenden Kinder einzuschränken, sondern auch auf die ausser der Ehe erzeugten Kinder in dem Maaße anzuwenden, daß derjenige, der mit der Mutter des Kindes, im siebenten Monate vor deren Niederkunft, den Beyschlaf begangen zu haben eingestehet, für den Vater gehalten wird.

Die bey der Beurtheilung des vorliegenden Gegenstandes zur Erwägung kommenden Römischen Gesetze sind L. 12 Dig. de ſtatu homin. und L. 3 § 12 de ſuis et legit. hered. Die erste dieser Gesetzstellen bestimmet wörtlich Folgendes; Septimo menſe naſci perfectum partum, jam receptum est, propter auctoritatem doctiſſimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, juſtum filium eſſe.

In dem andern Gesetze wird von einem, im Anfange des siebenten Monates gebornen, Kinde gesaget: De eo autem, qui centeſimo octogeſimo ſecundo die natus eſt, Hippocrates ſcripſit, et Divus Pius Pontificibus reſcripſit,

justo tempore videri natum: nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa *).

Bey dem ersten Anblicke bleibt es freilich einigermaßen zweifelhaft, ob diese gesetzlichen Bestimmungen nicht lediglich eine besondere Begünstigung der, in dem Ehestande erfolgenden, Kinder und des Freiheitsstandes des gebornen bezielen, und ob daher die unbedingte Anwendung derselben auf uneheliche Kinder, zum Beweise der Vaterschaft, stattnehmig sey.

Die folgenden Gründe rechtfertigen jedoch eine extensive Auslegung der gedachten Vorschriften.

Erstlich: bestehet der Grund der Gesetze, auf welchen bey deren Auslegung bekanntlich die vorzüglichste Rücksicht genommen werden muß, in der vom Hippocrates behaupteten Möglichkeit, daß ein vollständiges Kind im siebenten Monate nach dem Empfängnisse, ja sogar im Anfange desselben, geboren werden könne.

Hippocrates hatte nicht gesagt, daß ein in der Ehe im siebenten Monate gebornes Kind als ein in der Ehe concipirtes Kind anzusehen, und also legitim seyn müsse; sondern er bestimmte in seinen Schriften nur die bis dahin streitige medicinische Frage in dem Maaße: daß nicht durchaus neun Monate zur Perfection eines Kindes erforderlich, sondern auch sieben, ja sogar sechs Monate und zwei Tage dazu hinreichend wären.

*) Von der Anwendung dieser Gesetze, auf die in der Ehe erfolgenden Kinder, s. unter andern Richter Dec 89. Nro. 2; Berger Oecon. Jur. L. 1. Tit. 2. §. 2; Stryk de Jure sensum Diss. 1. Cap. 1. Nro. 41; Wildvogel de partu legitimo, §. 13.

ren c). Die Rechtsgelehrten Paulus und Ulpian nahmen diesen Satz auch in den Rechten an, und brachten denselben, bey der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle von ehelichen Geburten während des siebenten Monats, zur Anwendung. Sie schlossen dadurch die Fälle nicht aus, in welchen von der Paternität eines ausser der Ehe gebornen Kindes die Rede ist, sondern setzten vielmehr, indem sie einen speciellen Fall entschieden, eine, auf das wissenschaftliche Zeugniß eines gelehrten und berühmten Arztes gegründete, allgemeine Regel fest. Hierzu kömmt,

zweitens: daß die Möglichkeit einer lebendigen Geburt im siebenten Monate, und die darin liegende Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur, auch von neuern Aerzten nicht bestritten, sondern angenommen wird d). Es dürfte ferner,

drittens: bey einer etwa zweifelhaft scheinenden Auslegung der oben angeführten Gesetze, nach der Billigkeit und der Natur der Sache e), wohl nicht allein auf die Begünstigung der ehelichen Geburt, sondern überhaupt auf favorem partus um deswillen Rücksicht zu nehmen seyn, weil dieser bekanntlich in den Rechten sehr groß ist, und in Hinsicht auf den präsumtiven Vater, sowohl bey unehelichen als bey ehelichen Kindern, eintritt, besonders wenn die Mutter der ersteren kein Ver-

 mögen

c) Carol. Annib. Fabrotti Exercit. 1. de tempore hum. partus seu de justo partu.

d) C. G. Ludwig Instit. Medic. forens. P. 2. Tr. 1. Cap. 2. §. 107. Röderer Element. art. obstetric. Cap. 9. §. 205 et 206. von Haller Anfangsgründe der Phisiologie des menschl. Körpers, Th. 8. S. 702. Anderer Meinung sind jedoch Hebenstreit Anthropol. forens. pag. 198; Alberti Jurispr. Medic. T. 1. pag. 175.

e) L. 90. Dig. de Reg. Jur. — In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda.

mögen besitzet. Der Stuprator hat auf jeden Fall eine unerlaubte Handlung begangen, und sich dadurch der Möglichkeit ausgesetzet, das daraus entstehende Kind ernähren zu müssen. Es kann sich derselbe daher nicht beschweren, wenn man, zur Begünstigung der Ernährung und Erziehung, eines ohne eigenes Verschulden hülflosen Kindes gegen ihn eine Lehre zur Anwendung bringet, die, wenn sie gleich mit dem gewöhnlichen Laufe der Natur nicht übereinstimmet, doch von bewährten Aerzten und Naturforschern als mögliche Ausnahme von der Regel vertheidiget wird.

Mehrere gründliche Rechtsgelehrte behaupten endlich

viertens die Meinung, daß derjenige, welcher mit der Mutter des Kindes, im siebenten Monate vor deren Niederkunft, den ausserehelichen Beyschlaf begangen zu haben eingestehe, für den Vater zu halten sey, wenn es ihm sonst, ausser der ungewöhnlichen Zeit, an Beweisen vom Gegentheil mangele f). Es fehlet auch nicht an Rechtsfällen, die nach diesem Grundsatze entschieden sind, und das K. O.A.Gericht erkannte unter andern, durch die 1790 in Sachen Elisabeth Rahlves wider

f) Leyser Spec. 15. Medit. 2. Wernher P. 1. Obs. 153. Hommel Observat. 604. Beck de eo, quod justum est circa stuprum p. 215 et 225. Juristische Literatur in den Preuß. Staaten, 3te Samml. Nro. 3. Berger Oec. Jur. L. 1. Tit. 2. §. 2. Not. 3. Pagenstecher de jure ventr. P. 3. S. 4. §. 4. Ist jedoch ein Kind, welches im siebenten Monate zur Welt kömmt, eben so stark und vollkommen, als ein im neunten Monate gebornes Kind; so entstehet daraus ein starker Verdacht wider die Glaubwürdigkeit der Angabe der Geschwächten. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder, §. 38. von Haller und Röderer a. a. O.

der Zimmermann, in pto. satisfactionis et alimentorum eröffnete Sentenz, folgendermaßen: „Daß Implorat, da er mit der Implorantin am 14. April 1783 concumbiret zu haben eingestanden, und dann, nach der in Rechten gegründeten Meinung, ein Kind auch im Anfange des siebenten Monates nach gepflogenem Beyschlafe zur Welt kommen kann, für den Vater des von der Implorantin gebornen Kindes noch zur Zeit allerdings zu halten, und der Implorantin zur Alimentation ihres Kindes interemistisch, und bis zu ausgemachter Sache monatlich 1 Rthlr. 18 Mgr. in Cassen-Münze zu entrichten verbunden sey. Würde demnach Implorantin den ihr deferirten Eid dahin ableisten, gestalten sie vom 26. December 1782 an, bis zum 14. April 1783, sich mit keinem andern als dem Imploraten fleischlich vermischet habe, als wozu — —, so ist Implorat der Implorantin pro satisfactione 50 Rthlr., so wie an Wochenbettskosten 15 Rthlr., und zum Unterhalte ihres Kindes, vom 26. October 1783 an, und bis zum erreichten 14ten Jahre, monatlich 1 Rthlr. 18 Mgr., alles in Cassen-Münze, zu reichen schuldig.

LXIX.

LXIX. Erörterung.

Die Satisfactionsforderung einer Geschwängerten kann durch den Einwand des Schwängerers, daß sie schon mit Andern, vor dem mit ihm gepflogenem Beyschlafe, concumbirt habe, nicht allemal abgewendet werden, und eine im allgemeinen darauf gerichtete Eidesdelation ist unzulässig.

Ein jeder Stuprator ist die von ihm geschwächte Frauensperson in der Regel entweder zu heirathen, oder abzufinden verbunden g). Die Entschädigung derselben, als der Civilpunct bey einem ausserehelichen Beyschlafe, ist daher nicht als eine Vergütung für den zugelassenen ersten Beyschlaf oder die geraubte Jungfrauschaft, sondern als ein Ersatz für die dadurch

g) von Quistorp rechtliche Bemerk. Th. 1. Nro. 76 und Dessen Grundsätze des peinl. Rechts, §. 479. In Absicht der Unterofficiere und Soldaten hat aber eine Ausnahme Statt, gegen welche gar keine Satisfactionsklagen zulässig sind. Verordnung vom 14. Oct. 1740. Selbst wenn sie den Militairdienst verlassen, oder eigenes Vermögen haben, ist die Klage unzulässig, wie vom höchsten Tribunale am 2ten Mai 1802, in Sachen Berning c. Seggelking, erkannt ist.

durch entzogene Heirathsgelegenheit zu betrachten h). Aus diesem Grunde hat selbst eine Witwe das Recht, die Erfüllung der einen oder der andern Verbindlichkeit von dem Stuprator zu fordern. Die Schwächung, oder ein ohne erfolgte Schwängerung vollzogener Beyschlaf, raubt einer sonst unbescholtenen Frauensperson, die vielmehr nur in einem unbewachten Augenblicke, gegen ein besonderes Individuum und aus Zuneigung, schwach war, den Namen Jungfer im Publicum gar nicht. Sie ist, so lange die Schwächung der Verborgenheit nicht entzogen wird, wenigstens eine virgo putativa, und sie kann, weil sie sich in virginitate putativa befindet, noch immer eine gute Heirath i) thun. Auf eine gedoppelte Weise kann indeß der gepflogene Beyschlaf aus der Verborgenheit kommen, entweder durch die erfolgte Schwängerung, oder öffentliche Verübung k). Im letztern Falle verdient die Weibsperson den Namen einer Gemeinhure, und da sie sich durch ihren liederlichen Lebenswandel, indem sie jedem den Beyschlaf erlaubt, selbst um die Gelegenheit zu einer ehelichen Verbindung bringt; so hat sie auch keinen Anspruch auf eine Abfindung oder Satisfaction. Im erstern Falle hingegen hat der Stuprator selbst die Geschwängerte um den Vortheil einer zu schließenden Ehe ge-

h) Struben rechtl. Bedenken, Th. 3. B. 125. Hommel rhapsodia quaest. observ. 19.

i) Die Vorweisung des Bettuchs (Michaelis Mosaisches Recht, Th. 2. §. 92. Fischer über die Probenächte der teutschen Bauermädchen. VI.) ist längst nicht mehr im Gebrauche.

k) Grolmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, §. 535. Daß eine geschwächte, aber nicht geschwängerte, Frauensperson ad ducendum vel dotandum klagt, gehört zu den seltenern Fällen.

gebracht, und wenn er sie nicht heirathen will, ist er verpflichtet, sie zu entschädigen[l]).

Sehr oft sucht sich indeß der Schwängerer durch die exceptionem plurium concumbentium, oder daß die Frauensperson vorhin schon von Andern geschwächt sey, von der Satisfactionsverbindlichkeit zu befreien. Zum Beweise dieser Einreden stehen ihm zwar alle die Beweismittel offen, welche nach den Civilgesetzen zulässig sind, folglich auch die Eidesdelation[m]). Der, zu solchem Zwecke, deferirte Eid muß aber erheblich seyn. Eine in allgemeinen und vagen Ausdrücken dahin abgefaßte Eidesdelation: daß die Geschwängerte, vor dem mit dem Stuprator gepflogenen Beyschlafe, sich mit keiner andern Manns-

l) Strubens Behauptung (in den rechtl. Bedenken, Th. 3. Nro. 147), daß eine Frauensperson, welche mit Mehrern Unzucht getrieben habe, oder bereits vorhin von einem Andern geschwängert sey, nur vom ersten Stuprator Satisfaction fordern könne, ist daher gegründet. Denn in jenem Falle hat sie sich durch ihre eigene liederliche Aufführung um den Vortheil einer zu schließenden Ehe selbst gebracht, und in diesem Falle, durch die erste Schwängerung, ihn bereits verloren, und sie kann mithin von dem zweiten Schwängerer keine Satisfaction verlangen. Quistorp Beytr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Nro. 47. Io. Jac. Schmid disp. de except. stupratam ad satisfact. privatam contra stupratorem agentem repellentibus. Altorf. 1794. §. 16. — Nach der Eheverlobungsconstitution v. J. 1733 sollen überhaupt nur solche geschwächte Frauenspersonen, welche ehrlich und ihres Lebens und Wandels wegen unberüchtigt sind, eine Satisfaction oder einen Brautschatz fordern können.

m) Malblanc de jure jurando, §. 45. Hellfeld jurispr. for. §. 799.

Mannsperson fleischlich vermischt habe, ist aber nicht als relevant und zulässig zu betrachten. Denn bey der allgemeinen Vermuthung, für einen vorhin keusch und unbescholten geführten Lebenswandel, würde ein solcher Eid zur Gewissensbeschwerung gereichen, und in der That ein purgatorium enthalten, zu dessen Abstattung Niemand, ohne besondere Verdachtsursachen, verpflichtet ist n). Wird hingegen der Eid auf besondere Thatumstände gerichtet, unter welchen der Beyschlaf vorhin mit andern Mannspersonen vollzogen seyn soll, so ist derselbe allerdings, als juramentum delatum non referendum, zulässig und die Geschwängerte verbunden, sich darauf zu erklären. Kann sie durch die Abstattung desselben diese besondern facta nicht ablehnen, so fällt auch zugleich der Grund hinweg, aus welchem sie allein auf eine Satisfaction Anspruch zu machen befugt war. Das Königl. O.A.Gericht hat nach diesen Principien erkannt, am 19. Jan. 1802, in Sachen Wohler c. Hupen, pto. satisfactionis; am 9. Jul. 1802, in S. Prehmken c. Schrader, pto. stupri; und am 5. Oct. 1802, in S. Anne Auhagen w. Plinke, in pto. satisfact.

n) Leyser spec. 583. m. 21.

LXX. Erörterung.

Ob ein Vater oder Großvater verbunden ist, die unehelichen Kinder seines Sohnes oder Enkels zu ernähren, wenn des Schwängerers eigene Mittel dazu nicht hinreichen?

§. 1.

Bey der Erörterung dieser allgemeinen Rechtsfrage sind vorzüglich die folgenden beiden möglichen Fälle um deswillen wohl von einander zu unterscheiden, weil die Beurtheilung derselben aus ganz verschiedenen Rechtsgrundsätzen hergenommen werden muß. Es ist nämlich entweder

erstlich der Fall vorhanden, daß die Unterhaltung des ausser der Ehe gezeugten Kindes von einem Vater oder Großvater gefordert wird, der seinen, der Schwängerung überführten, Sohn oder Enkel beerbet hat; oder es trifft

zweitens der Anspruch wegen der Alimentation, einen Vater oder Großvater, der auf keine Weise Erbe des Schwängerers geworden ist.

§. 2.

§. 2.

Die Entscheidung des ersten Falles, in welchem die Verbindlichkeit zur Alimentation, nicht sowohl aus der Blutsverwandtschaft, sondern vielmehr aus dem Verhältnisse herzunehmen ist, in welches sich der Vater oder Großvater durch die Antretung der Erbschaft des Stuprators gesetzet hat, findet keine große Schwierigkeiten. Der Regel nach, tritt der Erbe in die Verbindlichkeiten seines Erblassers, und es macht dabey keinen Unterschied, ob diese aus einem Verbrechen herrühren, oder nicht. Nach dem Römischen Rechte o), waren freilich die Erben, nur unter gewissen Einschränkungen, zu der Ersetzung der durch ein Verbrechen ihres Erblassers veranlaßten Schäden verbunden. Sowohl das Canonische Recht p), als auch der auf dasselbe gegründete heutige Gerichtsgebrauch, legen aber dem Erben jene Verpflichtung unbedingt auf, in so fern nämlich von demselben die Erbschaft schlechthin angetreten ist, oder wenn das Beneficium Inventarii gebraucht seyn sollte, in so weit die durch das Verbrechen verursachten Schäden und Kosten, von der hinterlassenen Erbschaftsmasse, bestritten werden können q). Hieraus folgt, daß auch die Erben eines Stuprators, unter den ebenerwähnten Einschränkungen, zu der Verpflegung

o) L. 7. Dig. de Condict. furt. §. 5. Instit. de Oblig. quae ex delicto. L. 5. Cod. si reus v. Accus. L. un. Cod. In quant. hered. conven. Ayrer Diss. de Action. ex delict. rei perseq. advers. hered. delinq. in solid. compet. Goettingae 1752.

p) Cap. 28. de X Sept. excom. C. 9 X de Usur. C. fin. X de sepult.

q) Mevius P. 5. Dec. 39. P. 6. Dec. 317. Nro. 5. Bodinus de laes. ex delicto defuncti ab hered. praest. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, Nro. 5. S. 56.

des von diesem ausser der Ehe erzeugten Kindes verpflichtet sind, und solchemnach kann die Verbindlichkeit des Vaters oder Großvaters zu der Unterhaltung der unehelichen Kinder, des Sohnes oder Enkels, dessen Erben sie geworden sind, keinem gegründeten Zweifel unterworfen bleiben. r)

§. 3.

Ungleich schwieriger ist die Entscheidung des

zweiten Falles, wobey die Frage unterlieget: Ob und in wie fern der Vater oder Großvater, ohne eine Beerbung des Sohnes oder Enkels, zu der Alimentation des von diesem erzeugten unehelichen Kindes verpflichtet sind? Diese Frage gehöret zu den sehr streitigen Rechtsfragen, und wird von den Rechtsgelehrten auf die verschiedenste Art beantwortet.

Viele juristische Schriftsteller sprechen den Vater und Großvater des Stupratoes, in dem ebenberührten Falle, von der Verbindlichkeit der Alimentation des unehelichen Kindes durchaus frei. s)

Da-

r) Quistorp a. a. O. S. 58. Derselbe in den Grundsätzen des peinl. Rechts, Th. 1. §. 482. Boehmer I. Eccl. Protest. Lib. 5 Tit. 17. §. 128. Eisenhardt Erzählung besonderer Rechtshändel, Th. 6. Nro. 4. Koch Inst. Jur. Crim. §. 280.

s) Mencken Diss. de Avo paterno ad alim. nepot. illegit. praest. non oblig. Lipsiae 1712, welcher diese Materie mit vielem Scharfsinne und mit vieler Gründlichkeit ausgeführet hat. Knorr de Alim. a matre lib. praest. C. 2. §. 7. Lembke Diss. de discrim. oblig. et ab eo pend. ord. aliment. jur. sanguin. praest. Goettingae 1755. §. 21. Gmelin über die Präjudicialfrage: de partu agnosc. Erlangen 1781. S. 88.

Hu-

Dagegen finden sich aber Rechtslehrer in Menge, welche, wiewohl nicht aus völlig gleichen Gründen, und nicht im völlig gleichen Maaße, das Gegentheil behaupten.

Einige derselben nehmen an: daß der Vater des Stuprators, zwar wohl nicht der Regel nach, doch aber sodann zu der Verpflegung des von seinem Sohne ausser der Ehe erzeugten Kindes verbunden sey, wenn die Mutter desselben, oder deren Eltern, nicht mehr vorhanden wären, oder wenn sich Beide nicht in dem Stande befänden, die Verpflegungskosten bestreiten zu können t). Andere Schriftsteller vertheidigen zwar den Grundsatz, daß, in Ermangelung des Stuprators, vor allen Andern die leibliche Mutter zur Ernährung und Verpflegung ihres unehelichen Kindes gehalten sey; sie behaupten aber auch zugleich, daß, bey der eintretenden Armuth und Mittellosigkeit der Mutter, die Unterhaltung eines ausser der Ehe erzeugten Kindes den Großvätern väterlicher und mütterlicher Seits gemeinschaftlich obliege. u)

Endlich fehlet es auch nicht an Rechtslehrern, welche dem Vater und Großvater des Stuprators, der sein uneheliches Kind nicht selbst ernähren kann, die Alimentations-Verbindlichkeit schlechterdings und selbst in dem Falle auflegen, wenn gleich die Mutter sich in guten Vermögensumständen befinden sollte. Ja, es gehen einige gar so weit, daß sie der Mutter des unehe-

lichen

Huber Praelect. Juris Civil. Lib. 25. Tit. 3. Nro. 9. Westphal Rechtsgutachten, B. 1. ad Lib. 25. Quistorp in den Beyträgen Nro. 5., und in den Grundsätzen des peinl. Rechts, Th. 1. §. 482.

t) Wernher P. I. Observat. 134. Carpzov Jurispr. Eccl. Lib. 2. Defin. 243. Boehmer ad Carpzov. Qu. 68.

u) Boehmer J. Eccl. Protest. Lib. 5. Tit. 16. §. 14.

lichen Kindes die Befugniß einräumen, die etwa hergeschossenen Verpflegungskosten von dem Vater des Schwängerers wieder zu fordern. x)

Unstreitig findet die ebengedachte Meinung die mehrsten Vertheidiger. Es ist dieselbe bey verschiedenen Gerichtshöfen und Facultäten angenommen y), und auch das höchste Tribunal hat am 15. März 1760, in Sachen Riehen wider Schuddekopf, den Vater des verstorbenen Stuprators zu der Alimentation des von diesem erzeugten unehelichen Kindes auf den Fall schuldig erkannt, wenn der, dem Stuprator von dessen etwanigen Maternis zugekommene Antheil dazu nicht hinreichend seyn sollte. z)

§. 4.

Ueber die Richtigkeit der bisher angeführten so sehr von einander verschiedenen Meinungen können indessen so wenig das An-

x) Berger Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 11. §. 4. Not. 7. Stryk Us. mod. Pand. Lib. 48. Tit. 5. §. 24. Lauterbach Coll. Th. Pract. Lib. 25. Tit. 3. §. 13. Stryk ad Brunnem. J. Eccl. Protest. Lib. 2. Cap. 18. 28. Rüdinger de Avo paterno ad alim. nepot. illegit. praest. obstricto Erfordiae 1729. C. 3. §. 6. Coler. de Alim. §. 8. a Pufendorf Tom. 4. Observat. 166. §. 5.

y) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts, Th. 1. §. 482. Desselben Beyträge, Nro. 5. Seite 63 und 71. Meister Princ. Jur. Crim. Cap. 40. §. 6. Not. a. Koch Inst. Jur. Crim. §. 280. von Balthasar Anmerk. über die Pommer. Kirchen-Ordnung, Seite 605.

z) a Pufendorf Tom. 4. Observat. 166. §. 2.

Ansehen und die Zahl ihrer Vertheidiger, als die hier und dort ergangenen Erkenntnisse, etwas entscheiden. Nach dem Sinne des Gemeinen-Rechts a), und besonders nach der, in diesem Stücke sehr bestimmten, Vorschrift der Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Landesgesetze b), sollen Meinungen der Rechtsgelehrten und Präjudicia nicht anders bey Entscheidung der Rechtssachen in Betracht kommen, als wenn sie auf deutliche Gesetze oder auf hinreichende, aus dem Rechte hergenommene, Gründe gestützet sind. Auch bey der Beantwortung der hier vorliegenden Frage wird also lediglich auf diejenigen Gründe Rücksicht zu nehmen seyn, welche die den Gegenstand betreffenden Gesetze, die Analogie des Rechts, und das ganze Sachverhältniß, darbieten. Bey der Prüfung dieser Gründe ist ein sorgsamer Rückblick auf die ältesten gesetzlichen Vorschriften, welche die Alimentations-Verbindlichkeit zwischen Eltern und Kindern betreffen, und auf die in der Folge eingetretenen Veränderungen derselben, um so nothwendiger, da unstreitig die vorberührte große Verschiedenheit der Rechtslehrer-Meinungen vorzüglich daher entspringt, daß manche Rechtsgelehrte, durch ein individuelles Billigkeitsgefühl verleitet, die eigentlich zur Sache gehörenden Gesetze nicht hinlänglich beachteten, und dagegen nicht ganz passende Gesetzstellen, und anscheinende, wiewohl keinesweges völlig richtige analogische Rechts- und Billigkeitsgründe zur Anwendung brachten.

§. 5.

a) Grübner Diss. de Observant. Colleg. in Opusc. Tom. 4. Sect 2. Pütters Beyträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. 2. Abhandl. 35. Haas Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs, Seite 26 u. f.

b) O.A.G.Ordnung, Th. 2. Tit. 12. §. 12. Justiz-Reglement v. J. 1718, §. 16 a Pufendorf Proc. Civ. P.I. Cap. 12. §. 7. Struben rechtl. Bedenk. Th. 2. S. 337. Th. 4. S. 200.

§. 5.

Nach den, aus dem Römischen Rechte herrührenden, und noch bey uns geltenden Begriffen, sind Kinder entweder gesetzmäßig oder ungesetzmäßig erzeuget; — Legitimi vel Illegitimi — und zwar können die illegitimen Kinder von einer vierfachen Gattung seyn, nämlich: Naturales, ex concubina; Spurii, ex meretrice; Adulterini, ex adultera; und Incestuosi, ex incestuosis amplexibus nati. Das ältere Römische Recht legte dem Vater nur über seine, aus rechter Ehe — ex justis nuptiis — gebornen Kinder die väterliche Gewalt bey, und blos diese legitime Nachkommenschaft war der Vater zu ernähren verbunden c). Alle Illegitimi, ohne Unterschied, wurden von den alten Römern so angesehen, als wenn sie gar keinen Vater hätten. Man bezeichnete dieselben, bey der schriftlichen Erwähnung ihrer Namen, mit den drei Buchstaben: S. P. F., welche die Worte: sine patre filii, ausdrückten, und weder die Väter, noch weniger aber die Großväter solcher illegitimen Kinder, hatten die entfernteste Verbindlichkeit, ihnen Etwas zu hinterlassen, oder sie zu alimentiren d). Diese Verhältnisse, worin sich die illegitimen Kinder ohne Unterschied nach dem ältern Römischen Recht befanden, giengen jedoch nicht in ihrem ganzen Umfange auf uns über.

§. 6.

Schon durch mehrere Gesetze, des Valentin, Valentinian und Gratian e), wurde die Strenge des ältern Rechts einigermaßen gemildert. Der Kaiser Justinian faßte diese verschiedenen Verordnungen zusammen, und gab denselben

c) L. 1. §. 3. L. 5. §. 1. Dig. de agnosc. et alend. Liber.

d) Heineccii Antiqit. Roman. L. 1. Tit. 10. §. 19 et 20. de Selchow Antiq. Jur. Rom. §. 513. Ulpian Fragm. IV. 2. pag. 676. §. 12. Instit. de Nupt. L. 19 et L. 24. Dig. de statu hom.

e) L. 1. Cod. Theod. de natural. liber.

selben eine nähere Bestimmung. Der damals verstattete und als rechtsmäßig betrachtete Concubinat veranlaßte nämlich den Kaiser, den Vätern die Rechte der väterlichen Gewalt über die im Concubinate erzeugten natürlichen Kinder zu gewähren, den Letzteren aber ein bedingtes Erbrecht, und mit demselben den Anspruch auf die Alimentation von Seiten des Vaters beyzulegen f). Die Verpflichtung des Vaters, seine in dem zu jenen Zeiten üblichen Concubinate erzeugten Kinder zu ernähren, ward hierdurch völlig ausser Zweifel gesetzet, keinesweges erstreckte der Gesetzgeber aber diese Verbindlichkeit, bey dem eintretenden Tode oder Unvermögen des Vaters, auch auf den Großvater des natürlichen Kindes väterlicher Seits. g)

Alles

f) Es geschahe dieses in der Nov. 89. Cap. 12, und die, aus diesem ziemlich weitläuftigen Gesetze hergenommene Auth. Licet patri Cod. de naturalibus liberis, fasset den Inhalt desselben in der Kürze mit den folgenden Worten zusammen: Licet patri, sine legitima prole seu parente, cui relinqui necesse est, decedenti, naturalibus totam substantiam suam, vel inter vivos largiri, vel in testamento transmittere. Quod si parentes duntaxat ei supersint, legitima parte parentibus relicta, reliquum inter naturales distribui permittitur. Ab intestato vero, cum desit soboles civilis, nec supersit conjux legitima, si naturales ex concubina extant, quae sola fuerit ei indubitato affectu conjuncta, in duas paternae substantiae uncias succedant, ut matri inter eos virilis portio, si superest, detur. Hujusmodi enim naturales filios pasci, boni viri arbitrio est necesse, sive legitimi extant et succedunt, sive conjuge viva quilibet alii sunt heredes. Hi ergo et parentibus parem praestent, si opus sit, pietatem.

g) Es zeigen dieses deutlich die letzten Worte Cap. 12. Nov. 89: De nepotibus enim naturalibus, quae jam a nobis specia-

Alles dieses galt indessen nur von liberis naturalibus im Sinne des Römischen Rechts, oder von den im eigentlichen Concubinate erzeugten Kindern. Sämmtliche übrige illegitime Kinder, die Spurii, Adulterini, und Incestuosi, oder mit einem Worte: die ex damnato coitu Erzeugten, wurden auf keine Weise begünstiget. Der Kaiser ließ es, in Rücksicht ihrer, nicht allein bey dem älteren Römischen Rechte, sondern er verordnete noch ausdrücklich, daß dieselben durchaus keinen Anspruch auf eine Alimentation von Seiten des Vaters haben sollten h), wo-

liter de ipsis disposita sunt, obtineant; in Verbindung mit L. 12. Cod. de natural. liberis, worauf sich dieselben beziehen. Carpzov Decis. 167. Nro. 10. Mencken Disput. prior. de Avo paterno ad Alimenta nepoti illeg. praest. non oblig. Lipsiae 1712. Th. 7.

h) Die Auth.: Licet patri, Cod. de natural. liberis, enthält folgende, hierauf Beziehung habende, Schlußworte: — Sed qui ex damnato sunt coitu, omni prorsus beneficio secludantur. In der Auth. Ex complexu Cod. de incest. et inutilib. nupt. heißt es ferner: Ex complexu nefario aut incesto, seu damnato liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre; und endlich verordnet die mehr gedachte Nov. 89. Cap. 15, woraus diese Auth. hergenommen ist, hierüber noch ausführlicher: Ultima siquidem nos pars legis expectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem, et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis, qui ex complexibus, non enim hoc vocamus nuptias, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium. Unde etsi certa a Constantino piae memoriae, in Constitutione ad Gregorium scripta, quaedam de talibus dicta sunt

wodurch denn von selbst auch die, auf jeden Fall weit entferntere Alimentations-Verbindlichkeit des Großvaters, gänzlich ausgeschlossen blieb.

Da alles dieses hinlänglich beweiset, wie bestimmt das Justinianäische Recht, den Großvater väterlicher Seits, in jedem Falle von der Verbindlichkeit, den unehelichen Enkel zu alimentiren, entbindet; so folget hieraus von selbst, daß die Gesetze, aus deren Inhalte manche Rechtslehrer analogisch das Gegentheil herleiten wollen i), hier gar nicht in Betracht kommen können. Diese Gesetze, welche sämmtlich viel früheren Ursprungs, als die Verordnungen des K. Justinian in der Nov. 89. Cap. 12 et 15 sind, bestimmen freilich in allgemeinen Ausdrücken: daß, ex aequitate, caritateque sanguinis, der Vater zu der Unterhaltung der Kinder, und wenn dieses nicht möglich wäre, der Großvater zur Alimentation der Enkel schuldig sey. Von der Alimentation illegitimer, oder unehelicher Kinder, kömmt aber keine Sylbe in den gedachten Gesetzstellen vor, und es müssen diese daher um so mehr allein von der Unterhaltung der legitimen und ehelichen Nachkommenschaft verstanden werden, da, nach dem obenerwähnten Sinne des Römischen Rechts, die Illegitimi, mit Ausnahme der im Concubinate Erzeugten, sine patre waren, und von einer ihnen durch deutliche Gesetze abgesprochenen Alimentation, hier nicht etwa implicite, und stillschweigend die Rede seyn konnte. Aus dem Römischen Rechte kann solchemnach die Verpflichtung des Großvaters väterlicher Seits, zur Unterhaltung des ausser der Ehe erzeugten Enkels, schlechterdings nicht hergeleitet werden.

 §. 7.

sunt filiis, haec non recipimus; quoniam et non utendo perempta est.

i) L. 4. L. 5. §. 1 — 5. L. 8. Dig. de agnosc. et alend. liber. L. 8. §. 5. Cod. de bonis quae liber.

§. 7.

Ein beym ersten Anblicke anscheinender Zweifel entstehet indessen noch aus dem Canonischen Rechte, und zwar durch eine Entscheidung des Papsts Clemens des Dritten k), welche auf die folgende Art veranlasset ward. Ein gewisser Johannes begieng mit seiner Magd einen Ehebruch, befreiete sich von der dieserhalb wider ihn angestellten Untersuchung durch einen Eid, und setzte demunerachtet den unerlaubten Umgang nicht allein bey Lebzeiten der Ehefrau, sondern auch nach deren Tode, über zehn Jahre lang fort, auf welche Weise er mit der Magd zehn Kinder erzeugte. Der Papst, dem dieser Fall zur Entscheidung vorgeleget wurde, befahl die Trennung des Johannes von der Magd, verordnete aber zugleich, daß die von beiden erzeugten Kinder alimentiret werden sollten, und zwar mit folgenden Worten:

> Solicitudinis tamen tuae intererit, ut uterque provideat ſuis liberis procreatis, et ſecundum quod eisdem ſuppetunt facultates, ſuſtentationi eorum neceſſaria ſubminiſtret.

Ueber die Auslegung dieser Vorschrift sind die Rechtsgelehrten abermals sehr uneinig. Die weit größere Zahl derselben nimmt an, daß durch die päpstliche Verfügung die Vorschrift Nov. 89, Cap. 15 und Auth. Ex complexu Cod. de inceſt. et inutil. nupt. aufgehoben, und auch den Adulterinis, und den übrigen ex damnato coitu erzeugten Kindern, ohne Unterschied, die Alimentation von Seiten des Vaters zugesichert sey. l)

An-

k) Cap. 5. X de eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulterium.

l) Ritterhus de Different. Jur. Civil. et Canon. Lib. 2. Cap.

Andere Schriftsteller glauben, daß das angeführte Cap. 5. X. de eo qui duxit in matrimonium, nur die Entscheidung eines speciellen Falles beziele, durch welche die Vorschrift des Römischen Rechts um so weniger im Allgemeinen aufgehoben würde, da der Papst Innocentius der Dritte die letztere am Ende, Cap pen. X. qui filii sunt ligitimi, ausdrücklich bestätige m). Einige Rechtsgelehrte nehmen endlich auf die erwähnte Stelle des Canonischen Rechts gar keine Rücksicht, weil sie von dem Grundsatze ausgehen, daß dasselbe nur in Rücksicht auf gewisse Gegenstände bey uns angenommen, und in allen übrigen Puncten, für Protestanten unverbindlich sey. n)

Eine weitläuftige Untersuchung darüber, welche von diesen abweichenden Meinungen den mehrsten rechtlichen Beyfall verdiene, würde hier ganz überflüssig seyn, weil es hinlänglich bekannt und selbst von keinem jener Schriftsteller geleugnet ist, daß, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, alle ausser der Ehe erzeugten Kinder, sie mögen naturales, spurii, adulterini oder incestuosi seyn, in Absicht der ihnen von ihrem Vater gebührenden Verpflegung völlig gleich geachtet werden, und daß daher jeder Schwängerer das von ihm herrührende uneheliche Kind, ohne

Cap. 7. Gail Lib. 2. Obs. 88. Nro. 5. Brunnemann ad dict. Auth. Carpzov P. 3. Const. 14. Defin. 11. Richter P. 2. Decis. 88. Nro. 33. Lauterbach Coll. Th. Pract. Tit. de Agnosc. et alend. liber. §. 14. Stryk Us. mod. Pand. Lib. 25. Tit. 3. §. 6. Boehmer J. Eccles. Protest. Lib. 4. Tit. 7. §. 9.

m) Meier Colleg. Jur. Argent. Lib. 25. tit. 3. th. 8. Linck ad Decret. ad Tit. de eo qui duxit in matrim. in fine.

n) Mencken Diss. poster. de Avo paterno ad alim. nepoti illeg. praest. non oblig. Th. 22. Auct. ib. alleg.

ohne allen Unterschied, zu ernähren gehalten ist o). Hieraus folget aber keinesweges auch die subsidiarische Alimentations-Verbindlichkeit des Großvaters väterlicher Seits. Das angeführte Cap 5. X. de eo qui duxit in Matrim., handelt, wenn man demselben auch das vollkommenste Gewicht beyleget, nur von dem Vater eines unehelichen Kindes, und erwähnet des Großvaters mit keinem Worte. Da nun die Gesetzstelle, auf jeden Fall, als etwanige Lex correctoria, mit der größesten Strenge zu interpretiren ist; so kann und darf man schlechterdings nicht annehmen, daß durch dieselbe stillschweigend dem Großvater eine Verpflichtung auferleget sey, von welcher das Römische Recht ihn ausdrücklich freispricht.

§. 8.

Ein allgemeiner Gerichtsgebrauch, oder ein allgemeines deutsches Gesetz, vermöge dessen dem Großvater die Pflicht zuerkannt würde, den unehelichen Enkel im Nothfalle zu ernähren, ist unerfindlich. Zwar verordnet das Preussische Gesetzbuch Folgendes: „Ist der Vater für den Unterhalt und die Erziehung „des Kindes zu sorgen nicht vermögend, so gehet diese Pflicht „auf die Großeltern väterlicher Seite über. Erst in deren Ermangelung, oder bey deren Unvermögen, sind die Mütter und „mütterlichen Großeltern dazu verpflichtet" p).

Allein

o) Stryk Us. mod. Pandect. Lib. 25. Tit. 3. §. 6. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts, Th. 1. §. 482. Not. a. Unsere Reichsgesetze und Policey-Ordnungen v. 1530, 1548 und 1577 haben bekanntlich allen Concubinat unter die Classe der leichtfertigen Beywohnungen oder der Fornicationen gesetzet; so, daß jetzt, in diesem Stücke, der Unterschied des Römischen Rechts zwischen den unehelichen Kindern wegfällt.

p) Preussisches Gesetzbuch, Th. 2. Tit. 2. §. 628 und 629.

Allein ganz hiervon abweichend, ist, durch die Verordnung von 1746, in Chursachsen festgesetzet, daß, wenn der Schwängerer das von ihm erzeugte uneheliche Kind nicht selbst ernähren könne, der Großvater väterlicher Seits allererst, in Ermangelung oder bey dem Unvermögen der Mutter des Kindes, und des Großvaters von der mütterlichen Seite einzutreten verbunden sey q). Vermöge der Observanz in den Hessen-Casselschen Gerichten, wird der Vater eines Stuprators auch nicht einmal sodann schuldig erkannt, des Letzteren uneheliches Kind zu ernähren, wenn er gleich den Nießbrauch von dem mütterlichen Vermögen seines Sohnes haben sollte. r)

Das O.A.Gericht zu Zelle condemnirte, im J. 1760 i. S. Riehen wider Schüddekopf, den Vater des verstorbenen Stuprators zu der Alimentation des von diesem erzeugten unehelichen Kindes (s. oben §. 3). Hieraus läßt sich aber keine Observanz, in Rücksicht auf die Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Lande folgern. Die hiesigen Landesgerichte erkennen in dem Stücke nicht immer gleich. Das Hofgericht in Hannover hat z. B in S. Schaper wider Steinmeier am 11. August 1785; i. S. Erbsen w. Haupt am 13. Junius 1794; i. S. Grupe w. Waßmann am 2. Jan. 1799; und i. S. Langrehr w. Dahlen, am 24. April 1799 erkannt: daß ein Vater nicht verbunden sey, das uneheliche Kind seines Sohnes zu alimentiren; und als von dem zweiten und den beiden letztern dieser Erkenntnisse appelliret ward, so sind dieselben, respective am 4. October 1794, 31. May 1800 und 28. März 1801 durch das höchste Tribunal bestätiget.

§. 9.

q) Müller Promt. Juris, voce: Alimenta; §. 26.

r) Ledderhose Versuch einer Anleitung zum Hessen-Casselschen Kirchenrechte. Cassel, 1785.

§. 9.

Weder das Gemeinerecht, noch ein allgemeiner Gerichtsgebrauch, legen also dem Großvater väterlicher Seits die Verpflichtung auf, den unehelichen Enkel subsidiarisch zu ernähren, vielmehr verordnet jenes sogar das Gegentheil, und schwerlich dürften sich zureichende Gründe finden, welche eine Abweichung von dieser gesetzlichen Bestimmung hinlänglich rechtfertigen könnten. Mag man die Verbindlichkeit zur Leistung der Alimente im Allgemeinen, aus dem Anspruche auf die nächste Intestatbeerbung des zu alimentirenden, oder, wie dieses nach der Natur der Sache und nach dem Sinne der Gesetze richtiger seyn dürfte, aus der Billigkeit und Verwandschaftszuneigung — ex aequitate caritateque sanguinis — herleiten wollen s), so wird sich weder in dem einen noch dem andern Falle die in Frage seyende Verpflichtung begründen lassen. Der Großvater väterlicher Seite succediret, der Regel nach, seinem unehelichen Enkel so wenig ab intestato, als dieser jenem, und alle Verbindungen väterlicher Gewalt fallen zwischen Beiden weg t). Eine Blutsverbindung — conjunctio sanguinis — wird, nach der Vorschrift der Gesetze, nur bey Kindern, die aus rechter Ehe — ex justis nuptiis — geboren sind, angenommen u), bey allen unehelichen Kindern aber, in Rücksicht auf den Großvater väterlicher Seite, ausdrücklich ausge-

s) L. 4. L. 5. §. 1. 5. L. 8. Dig. de Agnosc. et alend. liber. L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae liber. a Pufendorf Tom. 4. Obs. 166.

t) L. 12. Cod. de natural. liber. L. 2 et 8. Cod. Unde Cognati. Stryk de success. ab intest. Diss. 1. Cap. 2. §. 48. Diss. 2. Cap. 1. §. 45. Forster de Success. Tit. 6. Cap. 10. Nro. 5. Gail Lib. 2. Obs. 115. Nro. 1.

u) L. 5. Dig. de in Jus voc.

geschlossen x), und schon die Natur der Sache zeigt es, daß das bloße unerlaubte Factum eines aussereheligen Beyschlafs, ein dadurch erzeugtes Kind, mit dem Vater des Schwängerers, um so weniger in irgend eine lästige und verpflichtende Verbindung setzen kann, da dieser auch nicht den entferntesten Vortheil, ja nicht einst eine kindliche Achtung, von dem illegitimen Enkel erwarten und fordern darf. Schwerlich wird man unter diesen Verhältnissen mit Grunde behaupten können, daß die Billigkeit der in Frage seyenden Allimentations-Verbindlichkeit das Wort rede. Im Gegentheile stellet es sich als äußerst hart dar, daß der, durch die gesetzwidrige Handlung seines Sohnes schon ohnehin betrübte, Vater noch mit der Aufopferung eines Theils seines Vermögens für ein Vergehen büßen soll, an welchem er auch nicht den entferntesten Antheil hat. Die Härte und Unbilligkeit, welche hierin liegen würde, wird um so auffallender, wenn man sich die Möglichkeit gedenkt, daß ein Vater, der mehrere unbemittelte und unversorgte Söhne hat, Gefahr läuft, durch die liederliche Aufführung derselben vielleicht sechs, acht und mehrere uneheliche Enkel unterhalten zu müssen, und auf die Weise an den Bettelstab zu kommen. Selbst die Rücksicht auf das allgemeine Wohl scheint einen Grund gegen die Alimentations-Verpflichtung des Großvaters väterlicher Seite an die Hand zu geben. Denn kann sich eine liederliche Weibsperson versichert halten, daß, ungeachtet der dürftigen Umstände ihres Liebhabers, der Vater des Letztern die Früchte eines unerlaubten Umganges zu ernähren verbunden ist; so wird dadurch natürlich die Besorgniß der Schwierigkeit und Mühseligkeit, uneheliche Kinder zu unterhalten, vermindert, und mithin die Anreizung zu einer unzüchtigen Lebensart vermehret.

§. 10.

x) L. 4. Dig. Unde Cognati. Cap. 23. X de Rescript. Mencken Diss. poster. cit. Cap. 1. Th. 5. Stryk de Sucess. ab intest. Diss. 1. Cap. 2. §. 43.

§. 10.

Nicht leicht werden endlich auch, wenn man den Großvater väterlicher Seite von der Alimentation des illegitimen Enkels freispricht, uneheliche Kinder mit ihrer Ernährung dem Publico zur Last fallen. Nach den Gesetzen ist jeder Schwängerer verbunden, seine illegitimen Kinder zu unterhalten y). Findet es sich, daß der natürliche Vater verstorben, abwesend oder mittellos ist, so tritt die Mutter des Kindes in diese Verpflichtung z); und wäre auch die Mutter nicht vorhanden, oder gleichfalls wegen ihrer Armuth die Verpflegung zu übernehmen nicht im Stande; so fällt die Last der Alimentation auf die Großeltern, und besonders auf den Großvater des unehelichen Kindes von der mütterlichen Seite a). Erst dann endlich, wenn die Letztern ebenmäßig zu der Unterhaltung völlig unfähig seyn sollten, würde das uneheliche Kind, nach jedes Orts Gewohnheit oder besondern Gesetzen, auf öffentliche Kosten zu ernähren seyn b), und in diesem, gewiß nur selten eintretenden, Falle dürfte wohl keine Begünstigung des Großvaters von der väterlichen Seite auf Kosten des Publici liegen, da, wie die oben vorgekommenen Gründe zeigen, jener mit dem unehelichen Enkel in

y) Eheverlobungs-Constitution vom $\frac{5}{16}$ Jan. 1733, §. 5.

z) L. 5. §. 3. Dig. de agnosc. et alend. liber. Arg. L. 19. Dig. de re judic. et L. 6. de in Jus voc. Wernher Suppl. ad P. 7. Obs. 85. Nro. 85 seq. et in Diss. de benefic. compet. Cap. 3. Th. 2. Nro. 84.

a) L. 5. §. 2 et L. 8. Dig. de Agnosc. et alend. liber. Hellfeld Jurispr. for. §. 1289. Berger Oecon. Jur. L. 3. Tit 11. S. 5. Nro. 7. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts, Th. 1. §. 482.

b) Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. Bedenk. 171. §. 3. Quistorps Beyträge, Nro. 5, Seite 69.

in gar keiner Verbindung stehet, und diesem nicht näher, als jeder anderer Staatsbürger ist.

§. 11.

Ob es nicht Verhältnisse geben könne, unter welchen der Großvater, wegen einer strafwürdigen Duldung und Beförderung der ausschweifenden Lebensart seines Sohnes, zu der Unterhaltung des von diesem erzeugten unehelichen Kindes, nach der Meinung des Quistorps c), schuldig erkannt werden müsse? diese Frage gehört um deswillen nicht hierher, weil unter der gedachten Voraussetzung die etwanige Alimentations-Verbindlichkeit nicht aus dem Verwandschafts-Verhältnisse des Großvaters zu dem unehelichen Enkel, sondern aus der Vernachläsſigung obliegender Pflichten herfließen, und als eine Ahndung gesetzwidriger Handlungen anzusehen seyn würde. d)

§. 12.

Sämmtliche diese Gründe kamen in Erwägung, als, in Betracht des Inhalts einer zu erlassenden Landesverordnung, durch ein landesherrliches Rescript, das Gutachten des O.-A.-Gerichts über die Frage erfordert ward: Ob ein Vater schuldig sey, die unehelichen Kinder seines Sohnes, wenn er diesen nicht beerbet, zu alimentiren? Das höchste Tribunal richtete sein, am 24. März 1801 abgestattetes, mit den oben ausgeführten Gründen unterstütztes Gutachten wörtlich dahin: „daß der Landesherr geruhen möge, die durch die sich widersprechenden

c) Quistorps Beyträge Nro. 5, Seite 73.

d) Gebauer de Imputat. facti alieni, §. 7.

Meinungen der Rechtslehrer streitig gewordene Frage: Ob ein Vater, der seinen Sohn nicht beerbet habe, schuldig sey, desselben uneheliche Kinder zu alimentiren? durch eine allerhöchste Decision dahin für immer zu entscheiden: daß der Vater des Stuprators dazu keinesweges schuldig sey."

LXXI. Erörterung.

Die Wirkung der Einkindschaft fällt hinweg, und der Einkindschaftsvertrag ist als aufgehoben zu betrachten, wenn die unirten Kinder oder deren Descendenten den Zeitpunct des Erbfalles nicht erleben.

Die Witwe Schehen, welche in erster Ehe einen Sohn, Heinrich Scheden, erzeugt hatte, verheirathete sich im Jahr 1759 zum zweitenmale mit Andreas Rohrberg. In der mit letzterem errichteten Ehestiftung ward folgendes pactum unionis prolium, unter Zuziehung der Schedenschen Vormünder und der ordentlichen Gerichtsobrigkeit, beliebt:

„Falls aber Kinder aus dieser Ehe erfolgen sollten, alsdann sollen dieselben, sowohl was das väterliche, als mütterliche Vermögen anbetrifft, zu gleichen Theilen gehen, und eine völlige Einkindschaft damit errichtet seyn; inmaßen des Kindes erster Ehe väterliches, des Bräutigams Vermögen nicht übersteige" u. s. w.

Aus

Aus der letzten Ehe erfolgte ein Sohn, Lorenz Rohrberg. Nach der Mutter Absterben ward deren und ihres erstverstorbenen Ehemannes Vermögen unter den unirten Stiefbrüdern gleich getheilt, und dabey wiederholt festgesetzt: daß, nach Andreas Rohrberg Tode, dessen Stiefsohn und sein leiblicher Sohn, ihn zu gleichen Theilen beerben sollten. Im Jahr 1792 verstarb Heinrich Scheden mit Hinterlassung einer Tochter, welche ein Jahr darauf ebenfalls mit Tode abging. Die nachgebliebene Witwe desselben verehlichte sich zum anderumale mit Christoph Harrighausen, und in dieser Ehe ward eine Tochter erzeugt. Nach beider, und zwar der Ehegattin zuerst, erfolgtem Absterben heirathete derselbe Christine Fischer, und erzeugte mit derselben einen Sohn. Er starb im Jahr 1798, dessen Sohn aber im Jahr 1799, und die nachgelassene Witwe verheirathete sich hiernächst wieder mit einem gewissen Deppe. Lorenz Rohrberg war indeß schon im Jahr 1795 mit Zurücklassung einer Witwe und minderjährigen Tochter verstorben. Als nun auch im Jahr 1797 der alte Andreas Rohrberg mit Tode abging, so nahm die Mutter seiner leiblichen Enkelin, Namens ihrer Tochter, den großväterlichen Nachlaß in Besitz. Wenige Zeit nachher forderte jedoch Christoph Harrighausen, als Erbe seiner, mit der Witwe Scheden erzeugten Tochter, ex pacto unionis prolium, die Hälfte des Rohrbergschen Nachlasses secundum inventarium vel juratam specificationem. Und als er sich hinwiederum mit Christine Fischern verehelicht, und mit ihr eine Tochter erzeugt hatte, beyde aber während des Processes ebenfalls verstorben; so setzte die zweite Harrighausensche Ehefrau, nachmals verehlichte Deppen, den Rechtsstreit wider des alten Andreas Rohrberg Enkelin fort.

Zur Begründung ihres Anspruchs bezogen sich die Kläger insonderheit darauf, daß das aus dem Einkindschaftsvertrage entstandene Erbrecht von der Schedenschen Tochter auf deren Mutter, von dieser auf die mit Christoph Harrighausen erzeugte

zeugte Tochter, von dieser hinwieder auf derselben Vater u. s. w. bis endlich auf die dermalige Klägerin, verehelichte D : ppe, transmittirt sey; weil es bey Erbverträgen nicht darauf ankomme, daß die Paciscenten den Anfall der Erbschaft erleben. Dagegen behauptete die Beklagtin: die Schedensche Tochter sey lange vor ihrem Stiefgroßvater verstorben, sie habe mithin den Anfall der Erbschaft desselben nicht erlebt, und ein noch nicht existirendes Erbrecht hätte daher auch nicht transmittiret werden können. Mit dem Absterben derselben habe das pactum unionis prolium seine Endschaft erreicht, und die Descendenz des unirten Stiefsohnes sey mit ihrem Tode erloschen. Die Kläger gehörten gar nicht zur Rohrbergaschen Familie, und es wäre gegen die Absicht der Paciscenten und die Natur der Union, wenn ganz fremde Personen miterben wollten, da solche weder in dem Einkindschaftsvertrage mit begriffen gewesen, noch das pactum auf selbige erstreckt werden könne.

Nach verhandelten Sätzen wurde die Klägerin mit ihrer Klage vom Amte Friedland abgewiesen, und dieses Erkenntniß von dem Königl. Hofgerichte zu Hannover in der Appellationsinstanz bestätigt. In der von den Klägerin dagegen gebrauchten Supplicationsinstanz erfolgte aber ex transmisso ein reformatorisches Erkenntniß, vermöge dessen die Beklagtin condemnirt wurde, die Hälfte des Rohrbergschen Nachlasses, nach einem zu Recht beständigen inventario, oder, in dessen Ermangelung, einer eidlichen Specification, herauszugeben, auch über die, von Zeit des Ablebens des gedachten Rohrberg, davon erhobenen Nutzungen Rechnung abzulegen.

Die Beklagtin appellirte von diesem Erkenntnisse an das höchste Tribunal, und hier kam, bey der Beurtheilung über die Erheblichkeit ihrer Beschwerde, insonderheit die Frage zur richterlichen Entscheidung:

Ob die Würkung der Einkindschaft alsdann hinwegfällt, wenn

wenn die unirten Kinder und deren Descendenten den Anfall der Erbschaft nicht erleben?

Sehr streitig ist es allerdings, ob überhaupt die Erbverträge zu ihrer Wirksamkeit erfordern, daß der, welchem eine Erbschaft vertragsweise zugesichert ist, den Sterbefall des zu Beerbenden erleben muß; oder ob dieselbe, auch bey nicht erlebtem Todesfalle, auf die Erben des zur Erbschaft berufenen Paciscenten transmittirt werden kann? Verschiedene Rechtsgelehrte e) behaupten das Letztere. Denn durch einen solchen Vertrag, oder durch das Versprechen, die Erbschaft zu übertragen, und dessen Acceptation, falle das Erbrecht nicht nur sofort an, sondern es werde auch dadurch sogleich adquirirt, und es könne mithin dieses vertragsmäßige Erbrecht, ohne den Erbschaftsfall zu erleben, der Natur der Verträge gemäs, ferner transmittirt werden, wenn gleich dasselbe bis zu dem Todesfalle ruhe, und nicht früher ausgeübt werden könne. Die Grundsätze des römischen Rechts von dem Anfalle und der Transmission einer Erbschaft, welche blos ihre Beziehung auf die römische Testaments- und Intestaterbfolge hätten, könnten bey dem bedungenen Erbrechte, welches bey den Römern verhaßt und ausdrücklich verboten gewesen sey, keine Anwendung finden, und wenn man die römischen Rechtsprincipien auf die von jeher in Deutschland gültig geachteten Erbverträge anwenden wollte, so würden sie nach deutschen Rechten eben so verwerflich werden, als sie es nach dem römischen Rechte wären.

An-

e) Rivinus de partis successor. §. 15. Hellfeld de transmissione juris succedendi antecessoris morte non delati, §. 6. in opusc. pag. 434. Westphal teutsches Privatrecht, Th. 2. S. 401. Hofacker princ. jur. civ. §. 1403. Just. Henn. Böhmer de fundamento pactorum familiae, cap. 2. §. 11. nro. 7.

Andere Rechtsschriftsteller vertheidigen dagegen die erstere Meinung, und glauben, es sey zur Wirksamkeit der Erbverträge ebenfalls erforderlich, daß der zur Erbschaft Berufene den Sterbefall wirklich erlebe f). Der Natur der Sache scheint es nicht unangemessen zu seyn, wenn man, wie bey andern Titeln des Beerbungsrechtes, auch bey den Erbverträgen die Bedingung voraussetzt, daß der zur Erbschaft Berufene den Tod des Erblassers wirklich erlebt. Der verbindlichen Gültigkeit der Erbverträge ist dieser Grundsatz nicht entgegen, vielmehr wird derselbe mit der Intention der Contrahenten, worauf man doch bey allen Verträgen vorzüglich zu sehen hat g), in der Regel völlig übereinstimmen. In den meisten Fällen gehet die Absicht der Paciscenten ohne Zweifel dahin, daß nur der zur Erbschaft Berufene und dessen Descendenz den Vortheil derselben zu genießen haben sollen, und man darf daher im Zweifel die Intention des zu beerbenden Mitpaciscenten nicht so weit ausdehnen, daß er sein Vermögen, wenn er den zur Erbschaft berufenen Erben und des letztern Descendenten überlebt, dessen entferntern Intestat-, oder vielleicht ganz fremden Testamentserben habe zuwenden wollen h). Allezeit bleibt aber immer der wesent-

f) Bastineller de pacto successorio cum paciscentis persona intereunte. Vit. 1727. Christ. Adolph Bönhart comment. de transmissione hereditatis ex pacto successorio adquisitivo. Marb. 1763. §. 19. 28 seq. — Ein jedes pactum successorium universale kann man doch nicht anders, als dahin erklären: daß Jemand Erbe, folglich eben das, nur unwiderruflich, werden soll, was Einer durch Testament und Gesetz werden kann.

g) L. 219. D. de V. S. L. 3. C. de rebus credit. Hufelands Naturrecht, §. 617. Hofacker l. c. §. 229. Glück im Commentar, §. 344.

h) Daß dieses insonderheit nur von pactis hereditar. adquisitivis de

wesentliche Unterschied zwischen dem, auf einem Erbvertrage und dem auf einer einseitigen Willensdisposition beruhenden, Titel des Beerbungsrechtes, daß bey jenem weder ein einseitiger Widerruf zulässig*), noch die Antretung der Erbschaft zu deren weitern Transmission erforderlich ist; bey dieser hingegen allezeit ein Widerruf geschehen und die angefallne, aber noch nicht angetretene Erbschaft, mit Ausnahme gewisser besonderer Fälle i), nicht transmittirt werden kann.

Mag man indeß auch die erstere Meinung für richtiger halten, so läßt sie sich doch auf das pactum unionis prolium, wenn letzteres gleich in die Klasse der Erbverträge gehört, nicht schlechthin anwenden; da man den Einkindschaftsvertrag lediglich aus der Natur des Geschäffts und der Hauptabsicht der Contrahenten zu erklären hat. Die letztere gehet insonderheit dahin, den Streit über die Erbfolge der Kinder verschiedener Ehen, wegen der elterlichen Succession zu verhindern, und allen Unterschied zwischen Stiefeltern und Stiefkindern aufzuheben k). Beide Eltern werden dadurch als rechte Eltern, und die zusammengebrachten oder noch zu erzeugenden Kinder als

de hereditate propria anzunehmen sey, verstehet sich schon von selbst. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts, §. 657 ff.

*) Glück im Commentar, §. 543. Carl Wilh. Paetz comment. successione universali per pactum promissa, an et quatenus promittendi facultas de bonis inter vivos disponendi ademta sit. Gott. 1801.

i) Ludolff systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge, §. 17.

k) Hofmann Handb. des teutschen Eherechts, §. 326 ff. Ludolff a. a. O. §. 94. Scherer von der ehelichen Gütergemeinschaft, §. 175. Preussisches Landrecht, Th. 2. Tit. 2. §. 717 ff.

als leibliche Kinder, in Absicht der elterlichen Succession, betrachtet l). Die Stiefkinder erlangen durch diesen Vertrag ein zuvor nicht gehabtes Erbrecht in dem Vermögen der Stiefeltern; aber einen andern oder größern Vorzug erhalten sie dadurch nicht.

So lange die Eltern leben, kommt die Succession ihrer rechten Kinder nicht in Frage. Sterben die letztern vor ihren Eltern, so transmittiren sie zwar ihr Erbrecht auf ihre Descendenten, aber niemals auf fremde, zur Nachkommenschaft der Eltern nicht gehörige Personen. Soll dies Statt haben, so muß die elterliche Erbschaft den Kindern durch den Tod der Eltern wirklich deferirt seyn. Wollte man nun annehmen, daß die unirten Vorkinder ihr Erbrecht auf das Vermögen der angesetzten Eltern, ohne den Todesfall derselben zu erleben, auf fremde Personen, welche in dem Einkindschaftsvertrage gar nicht mit begriffen sind, transmittiren könnten; so würden die unirten Stiefkinder ja offenbar stärkere und größere Rechte haben, als den leiblichen Kindern den Rechten nach gebühren, und dadurch der ganzen Hauptabsicht des Unionsvertrages zuwider gehandelt werden. Es ist daher die Meinung der Rechtsgelehrten m) der Natur des Vertrags und der Absicht der Contrahenten angemessen, welche behaupten, daß die Wirkung der Einkindschaft hinwegfalle und sie gebrochen werde, wenn die unirten Kinder den Zeitpunkt des elterlichen Erbfalles nicht erleben, und daß alsdann alles wieder in den Zustand komme, als wenn keine Einkindschaft errichtet gewesen wäre. n)

In

l) Böhmer's auserlesene Rechtsfälle, B. 1. S. 146.

m) Runde teutsches Privatr. §. 677. Hofacker princ. jur. civ. §. 614. Tafinger von der Einkindschaft, §. 36. Bastineller a. a. O. §. 7.

n) Durch den Tod des einen der unirenden Eltern erhält die Einkindschaft erst ihre rechtliche Wirkung. Tafinger a. a. O. §. 37 f.

Hat

In dem oben erwähnten Rechtsfalle war es die Intention der Rohrbergschen Eheleute zuverlässig nicht gewesen, ihr Vermögen auf ganz fremde, zur Familie gar nicht gehörige, Personen kommen zu lassen. Es ergab sich dieses auch daraus sehr deutlich, daß nach dem Absterben der Ehefrau, deren Nachlaß unter den unirten Kindern gleich getheilt und dabey, mit Einwilligung aller Interessenten, wiederholt bedungen wurde: daß des alten Rohrberg Vermögen, nach seinem Tode, zwischen dem Stief- und leiblichen Sohne gleich getheilt werden, mithin die Einkindschaft erst dann wirksam seyn sollte, wenn die unirten Kinder oder deren Descendenten den Erbfall desselben

Hat der überlebende Ehegatte das Vermögen des zuerst verstorbenen, welches den unirten Kindern mit dessen Tode angefallen war, ihnen wirklich abgetreten; sein eigenes Vermögen aber unter sich behalten, und das angesetzte Stiefkind stirbt nachmals ohne Descendenten, vor dem unirenden Stiefvater oder der Stiefmutter; so wird zwar die angefallene Erbportion, sie mag realiter herausgegeben, oder nur eventualiter festgesetzt seyn, weiter auf jeden Erben transmittiret; allein des unirten Kindes entferntere Verwandten, oder fremde Erben, können deßhalb auf den Nachlaß des, erst nach dessen Tode verstorbenen, unirenden Ascendenten, keinen Anspruch machen; weil das Vermögen des letzteren nicht angefallen, in Rücksicht desselben das einkindschaftliche Erbrecht noch nicht wirksam war, und mithin auch nicht auf jeden fremden Erben des zuvor verstorbenen angesetzten Kindes transmittirt werden konnte. Der Einkindschaftsvertrag bewürkt übrigens an sich gar keine eheliche Gütergemeinschaft, und sie ist keine nothwendige Voraussetzung dabey. Runde a. a. O. §. 674. Wenn also das Vermögen der beiden unirenden Eltern während der Ehe getrennt war, so kann es durch den Tod des einen Ehegatten auch nicht gemeinschaftlich werden.

ben erleben würden. Da nun sowohl der unirte Stiefsohn, als dessen Tochter, vor dem unirenden Vater und Großvater verstorben waren, so konnte auch die letztere das aus der Union herfließende Erbrecht, da sie den Erbfall nicht erlebt, auf ihre, in dem Einkindschaftsvertrage überall nicht mit begriffenen, Erben und Erbensnehmen keinesweges transmittiren. Das höchste Tribunal erkannte diesem gemäß in S. Rohrberg gegen Harrighausen, pto. Erbschaft, am 4. October 1800 dahin: „Wenn gleich das pactum unionis prolium für eine Gattung teutscher Erbverträge zu halten ist; da jedoch, vermöge der wahren Natur und Eigenschaft dieses Vertrages, die unirten Kinder voriger Ehe keine größere oder mehr Rechte durch denselben auf die Erbschaft der angesetzten, in einer ehelichen Gütergemeinschaft überall nicht gestandenen, Eltern erlangen, als den rechten und leiblichen Kindern zustehen; die Einkindschaft also, wenn erstere oder deren Descendenten, den Zeitpunct des elterlichen Erbfalles nicht erleben, nach der dabey zum Grunde liegenden Hauptabsicht der Contrahenten, für gefallen und erloschen allerdings zu achten ist; folglich auch das ex unione erlangte Erbrecht in solchem Falle auf ganz fremde Personen nicht transmittiret werden kann — So habt ihr, mit Beyseitsetzung des ex transmisso erfolgten Erkenntnisses, das Decret unseres Amtes Friedland und euren bestätigenden Bescheid lediglich herzustellen, und sonach die Klägerin mit ihrer Klage gänzlich abzuweisen.“

LXXII.

LXXII. Erörterung.

Von welcher Zeit fängt das stillschweigende Pfandrecht der Kinder in den Gütern des Vaters, in Rücksicht der von ihm verwalteten bonorum maternorum et materni generis, an?

Ganz bestimmt verordnen die Gesetze o), daß nicht auf die Zeit zu sehen sey, wo der Vater die mütterlichen Güter seiner Kinder schlecht zu verwalten angefangen, z. E. die Capitalien unsicher ausgeliehen, oder für sich verwendet hat. Fast alle Commentatoren und Rechtsgelehrte behaupten daher, daß auf den Zeitpunct der anzufangenden, oder angefangenen väterlichen Verwaltung zu sehen sey p). Indeß haben doch die Worte des Ge-

o) L. 6. §. 4. C. de bonis quae liberis: et dubitabatur ex quo tempore hypothecas competere oportet, vtrum ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est? compendiosa narratione interpretamur, initium gerendae vel deferendae administrationis vel obseruationis esse spectandum et non tempus ex quo male aliquid gestum fuerit.

p) Gothofredus ad leg. 6. §. 4. C. de bon. quae liberis. Titius in jure privato lib. 6. cap. 12. §. 12. Lauterbach

Gesetzes: initium *gerendae* vel *deferendae administrationis* vel *observationis* ihre Schwierigkeiten. Soll das initium gerendae administrationis die Zeit anzeigen, da den Kindern Güter angefallen sind, die einer Verwaltung bedürfen; oder den Zeitpunct, da solche mütterliche und von wegen der Mutter q) herkommenden Güter dem Vater wirklich zu Händen gekommen sind? Was heißt initium deferendae administrationis, und was ist ferner unter observatio, die von der administratio unterschieden wird, zu verstehen?

Das Wort observatio ist hier, wie in andern Gesetzstellen r), von der Aufsicht über die mütterlichen Güter, oder welche mütterlicher Art sind, zu verstehen, und der Administration nicht entgegengesetzt; vielmehr sind durch die Partikel: *vel*, Aufsicht und Verwaltung mit einander verbunden s). Eben so können die Worte: *gerendae* vel *deferendae* administrationis, nur einen Zeitpunct andeuten, wo nämlich ausgemacht werden muß: ob der Vater die Aufsicht und Verwaltung entweder führen — gerere — oder Andern überlassen will — deferere

bach in Coll. theor. pract. Lib. 20. tit. 2. §. 56. Dabelow vom Concurse, Th. 2. S. 306. Gmelin Ordn. der Gläubiger, S. 300. Hellfeld de diverso pignor. jure liberis in bonis parentum competente, §. 27. Leyser spec. 226. m. 5.

q) Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. B. 54.

r) z. B. in leg. 3. §. 23. D. de adquir. vel amittend. possess.

s) Daß die Partikel vel in den Gesetzen oft verbindungsweise gebraucht wird, zeigt Strauch in Lexic. particul. jur. voc. vel.

rere t). Der Sinn des Gesetzes gehet also dahin: das stillschweigende Pfandrecht der Kinder an des Vaters Vermögen soll von dem Zeitpuncte angehen, wo derselbe entweder die Observation und Administration der mütterlichen Güter angetreten und übernommen, oder von sich abgelehnt hät. Es ist daher das Pfandrecht stets von dem Zeitpuncte anzurechnen, da den Kindern solche Güter angefallen sind; weil der Vater sich alsdann ausdrücklich oder stillschweigend zu erklären hat, ob er die Aufsicht und Verwaltung derselben übernehmen und antreten, oder ob er sie von sich ablehnen und also einem zu bestellenden curatori maternorum überlassen will.

t) Eine andere Erklärung hat Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte; Leipz. 1803. S. 76.

LXXIII. Erörterung.

Der, in den Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Landen, den wirklichen landesherrlichen Bedienten beygelegte, befreiete persönliche Gerichtsstand erster Instanz, unter den höheren Justiz-Collegien, erstrecket sich, der Regel nach, auch auf die sogenannten Titulirten, oder die nicht zu der wirklichen Dienstleistung angestellten, sondern nur mit Titel versehenen Diener.

§. 1.

Mehrere Schriftsteller u) behaupten, daß derjenige, der blos den Titel eines landesherrlichen Dieners erhält, ohne zu einer wirklichen Dienstleistung angestellet zu werden, dadurch keinesweges des gewöhnlichen persönlichen Gerichtsstandes der höheren Landesbedienten unter den höheren Justiz-Collegien theilhaftig wird, sondern der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Obrigkeit in erster Instanz unterworfen bleiben x). In verschiedenen Provinzen

u) Leipold de concur. Jurisdict. in Imp. Rom. Germ. Qu. 10. Mevius ad Jus Lubec. Lib. 1. Tit. 2. Artic. 2. Nro. 39.

x) Die Befreiung herrschaftlicher Bedienten und ihrer Familien von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Obrigkeit, will Leyser Spec.

vinzen Deutschlands ist dieses, durch besondere Landesgesetze, ausdrücklich festgesetzet y), und unter Beziehung auf zwei landesherrliche Declarationen vom 22. August 1729 und vom 1. September 1735 z), wie auch auf ein Erkenntniß des höchsten Tribunals, in Sachen Stadt Lüneburg wider Rickmann vom 11. April 1772, nimmt der Vicepräsident von Pufendorf in seinen Animadversionen (Animadverſ. 15, pag. 26), auch in Absicht auf die Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Lande, den Grundsatz an: daß bloße titulair landesherrliche Diener auf das Vorrecht der wirklichen Dienerschaft, wegen des befreieten Gerichtsstandes, keinen Anspruch machen können a). So

Spec. 79. Medit. 1, et Spec. 80. Medit. 234, aus dem Römischen Rechte herleiten. Schwerlich dürfte sich dieses aber mit Grunde behaupten lassen. Die Canzleysässigkeit der höheren Landesbedienten gründet sich auf besondere Landesgesetze, oder auf das Herkommen, und nicht leicht wird eine Provinz in Deutschland angetroffen werden, in der nicht, aus einer oder der andern dieser beiden Quellen, der landesherrlichen Dienerschaft und deren Angehörigen ein gewisser Vorzug, in Ansehung des Gerichtsstandes, bald im weiteren, bald im eingeschränkteren Maaße zugestanden wäre. Stryk de foro Miniſtror. Princip. Kreſs de Jure officior. et official. Den befreieten persönlichen Gerichtsstand der höheren landesherrlichen Dienerschaft in den Churbraunschweig Lüneburgischen Landen bewähren Maſcov Not. Juris et Judicior. Bruns. Luneb. P. 1. Cap. 1. §. 13 ſeq. Selchow Br.-Lüneb. Privat Recht, Seite 493. Practische Erörterungen, B. 1. Erörter. 28 und die daselbst angef. Verordnungen. Unter-Gerichts-Ordn. für die Herzogth. Bremen und Verden, Tit. 1. §. 9. Seite 15.

y) Riccius von Stadt-Gesetzen, B. 2. Cap. 13. §. 8.

z) Grupen de form. privileg. fori, pag. 32.

a) Unter Beziehung auf diese Behauptung ist auch in den Pract.

So ganz allgemein ist diese Behauptung aber keinesweges gegründet. Die von dem Vicepräsidenten von Pufendorf angezogenen Declarationen reden offenbar nur von solchen Personen, denen das Prädicat von Hofhandwerkern beygelegt ist, und bestimmen, daß dergleichen Handwerker, durch das erhaltene Prädicat, so wenig von der ordentlichen Gerichtsbarkeit, als von den oneribus publicis, und muneribus personalibus befreiet seyn sollen b). Ein, an die Justiz-Canzlei zu Hannover, in Sachen Bürgermeister und Rath daselbst, wider von Lüden am 7. Junius 1767 erlassenes Ministerialschreiben besaget dahingegen ausdrücklich: daß andere herrschaftliche titulair-Bediente, in Rücksicht auf das Forum privilegiatum, den wirklichen Bedienten gleicher Classe völlig gleichgesetzet seyn sollen. Der wörtliche Inhalt dieses bislang noch nicht durch den Druck bekannt gemachten Schreibens ist folgender:

„Aus einem, unterm 28. v. M. von den Herren abgelassenen Berichte, haben Wir vernommen, wasmaßen der hiesige Alt-

Erörterungen, B. 1. Erörter. 28. Seite 148, angenommen: daß Titulair-Räthe, nämlich solche, die weder beeidiget sind, noch Sitz, Stimme und Function in einem Collegio, sondern blos den Rang und das Prädicat eines Rathes erhalten haben, unter der ordentlichen Obrigkeit ständen, wenn ihnen der befreiete Gerichtsstand nicht besonders beygeleget sey.

b) Der befreiete Gerichtsstand der wirklichen oder besoldeten Hofhandwerker in personalibus erstrecket sich jedoch nicht mit auf die bey denselben in Arbeit stehenden Gesellen. Es ist dieses, durch das ad acta, den geschlagenen Wilckenschen Kutscher Schramm betreffend, von dem höchsten Tribunale an die Justiz-Canzlei zu Hannover am 24. September 1770 erlassene Rescript, erkannt.

„Altstädter Magistrat, gegen eine vor hiesiger K. Justiz-Canzlei
„angestellten Personal-Klage, Vorstellung gethan, und zu be-
„haupten vermeinet, daß besagter Obercommissarius von Lü-
„den, als ein bloßer Titular-Bedienter, und Hannoverscher
„Patricius, auch in personalibus, unter seiner, des Magi-
„strats, Gerichtsbarkeit in erster Instanz stehe, und die Her-
„ren dannenhero vor diensam erachtet haben, solchen erregten
„Zweifel, zu Unserer Entscheidung zu verstellen. Nun lauten
„die Patente, welche den blos mit Characteren versehen wer-
„denden Bedienten ertheilet werden, und dergleichen vorgedach-
„ter von Lüden zu seiner Zeit gleichfalls erhalten hat, von
„unvordenklichen Jahren her, entweder völlig so, wie die, wel-
„che den wirklichen ertheilet werden, nämlich dahin: daß der
„Impetrant, zu dem, wo vor er in dem Patente prädiciret, er-
„nannt und angenommen sey; oder doch wenigstens dahin: daß
„er davor von jedermänniglich gehalten, und geachtet werden,
„und der, den Bedienten von gleicher Classe zukommenden Eh-
„ren und Ranges, nach seiner, a dato des Patents anzurech-
„nenden, Ancienneté zu genießen, und sich zu gebrauchen ha-
„ben solle. Gleichwie aber unstreitig ist, daß die herrschaftli-
„chen wirklichen Bedienten, die Amtsunter- und geringe Licent-
„und dergleichen Bediente auf dem platten Lande, etwa aus-
„genommen, schriftsäßig sind, und unter den herrschaftlichen
„höheren Justiz-Collegien in personalibus stehen; der hiesige
„Altstädter Magistrat auch hieran, ja an der Aequiparation der
„titulair-Bedienten mit jenen, ehemals nicht gezweifelt haben
„muß, sintemalen er im Jahre 1729 an des hochseel. Königs
„Georg des 2ten Majestät sich gewendet, und darüber sich be-
„klaget hat, daß die Bürger, welche zugleich das Prädicat
„Hofhandwercker, z. E. Hofschuster, Hofschneider, Hoftischler,
„Hofgürtler und dergleichen, erhielten, sich der Gerichtsbarkeit
„des Magistrats und bürgerlichen Unpflichten entzögen, sich nicht
„blos hierüber hätte beklagen können, sondern natürlicherweise,
„seine Beschwerde und Gesuch, zugleich auf die herrschaftliche

 Ti-

„Titulatur-Bedienten gerichtet haben würde; und dann ferner, „in der, auf sothane Beschwerde und Sollicitation erfolgten, „ad Petita völlig eingerichteten, und hierbey abschriftlich ange-„schlossenen Königl. Declaration vom 22. August des besagten „Jahres, nur in Absicht der Hofhandwercker, und mit Hand-„wercker-Prädicaten versehenen Hannoverschen Bürger, decla-„riret und verordnet worden ist: daß sie sich von dessentwegen „der Gerichtsbarkeit des Magistrats, und den bürgerlichen One-„ribus et Muneribus nicht entziehen sollten; so daß diese Ver-„ordnung, das Principium wegen des Fori der wirklichen und „blos titulirten herrschaftlichen Bedienten, bestätiget, und wenn „Exempel von Einlassung solcher Bedienten vor Untergerichten, „vorhanden seyn sollten, die Ursache davon in einer freiwilligen „Prorogation Jurisdictionis zu suchen seyn würde, welche einem „Jeden freistehet, aber auch einem Dritten nicht präjudiciret; „Also können Wir nicht anders finden, noch sehen, als daß dem „Obercommissario von Lüden, dessen Qualität von Hanno-„verschen Patricio der Sache nichts benimmt noch giebet, in „personalibus das Forum von Sr. Königl. Majestät höhe-„ren Justiz-Collegiis, zukomme und gebühre."

§. 2.

Als der Landphysicus und titular-Hofmedicus Klein, der auch zugleich Stadtphysicus zu Verden war, und daselbst ein bürgerpflichtiges Haus besaß, verstarb, und dessen Erbin, eine, den Nachlaß betreffende, Edictalladung bey dem Stadt-rathe zu Verden erwirkte, so sahe das Hofgericht zu Stade dieses als einen Eingriff in seine Gerichtsbarkeit an, und ertheilte dem Stadtrathe deshalb einen Verweis. Der Stadtrath wandte sich beschwerend an das höchste Tribunal, und behaup-tete die Rechtmäßigkeit der erkannten Edictalcitation, weil der Verstorbene, als Stadtphysicus und Bürger, der städtischen Gerichts-

Gerichtsbarkeit unterworfen gewesen sey, wobey denn dessen Qualität als Landphysicus und titulair-Hofmedicus in gar keinen Betracht kommen könne. Vor dem höchsten Tribunale ward aber, in Gemäsheit der §. 1 angeführten Declarationen, die Beschwerde zurückgewiesen, und am 11. Februar 1803 zum Bescheide ertheilet: „Wenngleich wohl anzunehmen seyn mögte, „daß der Erbe den Gerichtsstand des Erblassers anerkennen, „und mithin, unter Begebung seines eigenen Gerichtsstandes, „die Gerichtsbarkeit auf den Richter des Verstorbenen freiwil„lig erstrecken, und bey demselben, um die Erkennung einer „Edictalladung, nachsuchen kann; Da jedoch eine solche Edic„talladung, der Regel nach, bey dem Richter des persönlichen „Gerichtsstandes nachzusuchen ist, und der befreiete persönliche „Gerichtsstand des verstorbenen Klein, als Landphysicus und „titular-Hofmedicus, unstreitig demjenigen persönlichen Gerichts„stande vorgehet, welchen gedachter Klein als Stadtphysicus „und Bürger zu Verden etwa gehabt haben mag, mithin „der implorantische Stadtrath keineswegs zur Erlassung der „Edictalladung vom 6. October 1801, für befugt zu halten ist; „So findet das angebrachte Gesuch nicht Statt."

LXXIV.

LXXIV. Erörterung.

Ueber das Verfahren bey Appellationen, von den Erkenntnissen des, in gewissen Fällen, aus Churbraunschweigischen und Churhessischen Gerichtsobrigkeiten zusammengesetzten Gerichts = Judicii mixti.

Ueber die Landeshoheits = Gränzen und die Gerichtsbarkeit in dem Amte Auburg c), dem Gerichte Neu = Gleichen

c) Das Amt Auburg mit Wagenfeld gehörte vormals zu der Grafschaft Diepholz, und ward, wie Hoffmann i. Ehrenkleinod P. 2. Cap. 4. § 23 anführet, im Jahre 1521 von den Grafen zu Diepholz, dem Hause Hessen zu Lehn übertragen. Landgraf Wilhelm, der Weisse genannt, nahm 1586 dasselbe in Besitz, wiewohl nicht allein Herzog Wilhelm von Zelle, sondern auch die verwitwete Gräfin von Diepholz, dagegen protestirten. In der Folge gelangte der Besitz des Amtes an die Familie von Cornberg, und zwar, wie Scheidt in seinen Zusätzen zu Mosers Br. Lüneb. Staatsrechte, Seite 226, vermuthet, durch eine von Hessen=Cassel erhaltene Afterbelehnung. Nach dem, in dem ersten Viertel des vorigen Jahrhunderts erfolgten, Ableben des General=Feldwachtmeisters von Cornberg, der die Reichsunmittelbarkeit von Auburg, und Sitz und Stimme

chen d) und dem Dorfe Höckelheim e) existiren zwischen den Churhäusern Braunschweig-Lüneburg und Hessen schon seit

me bey dem Westphälischen Kreise 1710 prätendiret hatte, ward das Amt, unter fortdauerndem Widerspruche des Churhauses Br. Lüneb., wiederum von Hessen-Cassel in Besitz genommen.

d) Das Amt oder Gericht Neu-Gleichen hat den Namen von zwei wüsten, unter der Benennung: die Gleichen, bekannten Bergschlössern. Das ostwärts belegene Schloß gehöret unter Churbraunschweigsche Landeshoheit, zu dem von Uslarschen Gerichte Alten-Gleichen, im Fürstenthume Göttingen. Die westwärts belegene Ruine, nebst dem Vorwerke Witmarshof und den Kirchdörfern Sattenhausen, Etzenborn und Makkenrode, machen das Gericht Neu-Gleichen aus, welches sich jetzt im Hessischen Besitze befindet, und nebst gewissen Censiten in den Dörfern des Gerichts Alten-Gleichen zu der sogenannten Niederhessischen Quart des Hauses Hessen-Rheinfels gehöret. Hessischerseits colligiret man die gedachten Censiten, und übt man die Zaun- und Pfahl-Gerichtsbarkeit über dieselben aus. Von Seiten Churbraunschweigs wird aber die Landeshoheit über gedachte Censiten nicht zugestanden, auch dem Vorwerke oder Amthause Witmarshof der Name: Amt Neu-Gleichen, nicht gegeben. Büsching Erdbeschreib. Th. 3. B. 1. S. 1010. B. 3. S. 3416. Oesterley bürgerl. Proceß, §. 14. S. 59.

e) Dieses Dorf und vormalige Nonnen-Kloster war der Stammsitz der ehemaligen Herren von Höckelheim oder Huckelum, von welchen nach des Hofraths Scheidt Muthmaßung i. d. Anmerkungen zu Moser Br.-Lüneb. Staatsrechte, S. 308, die Edlen Herren von Plesse abstammen. Im J. 1241 verwandelten die v. Plesse das Stammhaus in ein Nonnenkloster, und legten ihr Erbbegräbniß daselbst an. Meier Origin. et Antiq. Plessens. p. 208. Als Dieterich von Plesse 1571 verstarb, nahm Hessen-Cassel,

seit langer Zeit Streitigkeiten, die bis auf den heutigen Tag noch nicht völlig ausgeglichen sind. Um der Vervielfältigung dieser Irrungen vorzubeugen, ward durch einen zwischen beiden Churhäusern am 26. Julius 1740 getroffenen Interims-Receß, §. 4, festgesetzet: „daß, wenn die Aemter oder Gerichte der bei„den benachbarten Landesherren, bey einem entstehenden Rechts„streite, in eine Jurisdictions-Collision gerathen würden, als„dann, unter Vorbehalte des streitigen Rechts eines jeden Lan„desherrn, die beiderseitigen Gerichtsbarkeiten, durch Zuziehung beider-

Cassel, wiewohl mit starkem Widerspruche des Hauses Braunschweig-Lüneburg, den größten Theil der Herrschaft Plesse, und auch Höckelheim, als ein eröffnetes Lehn in Besitz. Landgraf Wilhelm der Weisse hob das Kloster auf, und bestimmte die Einkünfte davon zur Unterhaltung der Prediger-Witwen. Wegen der Hessischen Besitznahme und der Prätensionen des Hauses Braunschweig-Lüneburg auf die Herrschaft Plesse, kam es zu einem bislang unentschiedenen Rechtsstreite bey dem Reichs-Cammer-Gerichte, während dessen, vermöge eines Zwischenvergleichs, alle gerichtliche Handlungen zu Höckelheim von dem dortigen Hessischen Beamten und von dem Churbraunschweigischen Amte zu Moringen gemeinschaftlich ausgeübt werden. Scheidt a.a.O. Seite 298 u.f. Domeier Geschichte der Stadt Moringen, S. 146. Oesterley bürgerl. Proceß, §. 14. S. 56. Ueber die Beylegung der Streitigkeiten zwischen den Churhäusern Braunschweig-Lüneburg und Hessen, wegen der Dörfer Hemel und Waake, und wegen der Landeshoheit und des Juris Episcopalis über Reckarshausen, Amts Friedland, Mollenfelde Amts Brackenberg, Marzhausen und Niedergandern, sind nachzulesen: die in von Liebhabers Beyträgen zur Erörterung der Staatsverfassung der Br.-Lüneb. Churlande, Gotha 1794, S. 84 und 90 abgedruckten Recesse vom 11ten März 1538, und vom 16. Februar 1618.

„beiderseitiger Beamten und Unterobrigkeiten, ein gemeinschaft„liches Gericht, oder sogenanntes Judicium mixtum zu formi„ren, und solchergestalt die Sache gemeinschaftlich zu instruiren „und zu entscheiden haben sollten.“

Darüber, wie es wegen der Berufungen von den Erkenntnissen dieser gemeinschaftlichen Gerichte zu halten sey, war damals nichts festgesetzet. Es erfolgte aber diese Bestimmung durch die am 20. August 1790 zwischen den Staats-Ministerien zu Hannover und Cassel geschlossene Convention, welche dem höchsten Tribunale, vermittelst eines Ministerialschreibens vom 8. September desselben Jahres, zur Nachricht für künftige Fälle zugefertiget ward f). Inhalts der gedachten Convention bleibt es

I.

f) Mit den temporairen Judiciis mixtis, von denen hier die Rede ist, muß das permanente Judicium mixtum zu Nieste nicht verwechselt werden, welches sich auf einen, am 2. Septbr. 1740 geschlossenen und in Liebhabers allegirten Beyträgen §. 7 abgedruckten, Receß gründet. In dem, im Oberamte Münden, und zwar im Kauffunger Walde belegenen, Dorfe Nieste haben nämlich die Churhäuser Braunschweig und Hessen ein Gesammtgericht, welches mit vier Beamten, von welchen jedes Haus zwei bestellet, und einem gemeinschaftlich zu ernennenden Gräven, besetzet ist. Dieses Gericht wird jährlich einmal nach Michaelis, im Namen beider Herrschaften, gehalten. Das Directorium wechselt unter den Beamten jährlich. Die Processe, die bey dem Gesammtgerichte nicht sogleich entschieden werden können, werden bis zum Urthel von dem zeitigen Directorio instruiret, und das Erkenntniß wird sodann von den gesammten Beamten gemeinschaftlich ertheilet. Die Appellationen in Civilsachen gehen an die Obergerichte des Landes, bey welchem in dem Jahre das Directorium ist. Fornications- und simple Ehe-

1.

dem von einem niedergesetzten Judicio mixto appellirenden Theile überlassen, bey welchem der beiderseitigen competenten Obergerichte derselbe die Appellation einführen will, und es soll, wenn etwa von beiden Theilen die Appellation an beide Appellations-Gerichte ergriffen werden sollte, alsdann die Jurisdiction des einen oder andern Gerichts, durch die Prävention begründet werden, diese aber, von den dem Judicio a quo eingelieferten ersten Compulsorialien und Inhibitorialien, oder von den zuerst eingehenden Informatorial- und Acten-Erforderungs-Rescripten, abhangen.

2.

Auf die zuerst eingehende, an beiderseitige Beamte zu richtende, und von ihnen gemeinschaftlich zu befolgende Compulsorialen und Inhibitorialen, oder Informatorial- und Acten-Einforderungsschreiben, werden die Acten nebst Entscheidungs-Gründen von dem Judicio a quo eingesandt, und wenn im Fall

bruchssachen werden bey dem Gesammtgerichte mit abgethan; die Kirchenbuße aber, und die Ehe- und Schwängerungsklagen gehören vor das Consistorium desjenigen Landesherrn, dessen Beamten das jährige Directorium führen. In Criminalsachen wird die Inquisition bis zum Erkenntnisse von dem zeitigen Directorio geführet, dann tritt aber, nach einer Communication mit dem non Directorio, die Actenversendung an eine Juristen-Facultät ein. Die landesherrliche Bestätigung, so wie die demnächstige Publication und Execution des Erkenntnisses, geschiehet da, wo der Proceß instruiret ist. Dem Landesherrn der Beamten, welche die Inquisition geführet haben, stehet das Milderungs- und Begnadigungsrecht zu. S. a. Oesterley a. a. O. S. 56.

Fall einer von beiden Theilen ergriffenen Appellation auch etwa von dem andern Appellations-Gerichte Compulsorialen einlaufen sollten, die bey solchem eingebrachte Introduction und Justification der Appellation, an jenes Obergericht, welches die ersteren Compulsorialen erlassen, nebst den Entscheidungs-Gründen vom Judici a quo, gleichfalls eingesandt; dem andern Obergerichte hingegen wird, in einem solchen Falle, die bey dem erstern schon eingetretene Prävention, loco paritionis blos angezeiget.

3.

Die solchergestalt an das eine oder andere Obergericht gediehene Appellations-Sache wird darauf von demselben, nach der solchem Gerichte vorgeschriebenen Proceß-Ordnung, ohne weitere Communication mit dem Obergerichte des anderen Landes, gehörig bis zu einem Erkenntniß, oder zur Entscheidung, instruiret.

4.

Ueber die Entscheidung der Sache selbst, so wie auch über sogenannte Interlocuta mixta, haben beide Obergerichte miteinander zu communiciren, und sich eines gemeinschaftlichen Schlusses zu vereinigen.

5.

Wenn dieser erfolget, wird das Concept der Urthel doppelt ausgefertiget, und das eine von dem Chur-Braunschweigschen, das andere aber vom Chur-Hessischen Obergerichte, signiret;

6.

die Eröffnung und Ausfertigung aber von demjenigen Obergerichte verfüget, von welchem die Sache instruiret worden; jedoch

7.

mit ausdrücklicher Erwähnung, daß, nach vorgängiger receßmäßiger Communication und Vereinbarung beider Obergerichte, also zu Recht erkannt worden.

8.

Von demjenigen Obergerichte, bey welchem die Urthel solchergestalt eröffnet worden, wird dem andern Gerichte eine beglaubte Abschrift derselben eingesandt. In Rücksicht auf diejenigen Fälle, da Appellations-Sachen, ohne Erkennung förmlicher Appellations-Processe, nach vorhergegangener Acten-Einforderung, oder auch ohne dieselbe, durch ein bloßes Rescriptum de emendando, oder simples Rejectorium, abzuthun seyn dürften, soll

9.

wenn Erkennung förmlicher Appellations-Processe von Seiten des einen, und bloße Acten-Einforderung von Seiten des andern Obergerichts, zusammentreffen sollten, auch unter diesen die Zeit per modum praeventionis entscheiden; so wie auch

10.

wenn, im Fall einer wechselseitigen Appellation an beide Obergerichte, die Sache ohne Erkennung von Appellations-Processen, oder Einforderung der Acten erster Instanz, sofort, entweder durch ein Rescriptum de emendando, oder Rejectorium abzuthun seyn mögte, alsdann bey demjenigen Obergerichte, welches die Communication mit dem andern Gerichte über

das

das abzugebende Erkenntniß zuerst eröffnet, Prävention in Absicht der Ausfertigung desselben u. s. w. vorhanden seyn soll.

11.

Es findet auch bey denjenigen, entweder sofort emendirenden, oder rejicirenden Erkenntnissen, welche, ohne Erkennung förmlicher Appellations-Processe, auf blos geschehene Einforderung der Acten ad inspiciendum, oder auch ohne solche Einforderung der Acten, abzugeben sind, die Communication mit dem andern Obergerichte und Vereinigung über einen gemeinschaftlichen Schluß Statt, und wird überhaupt auch in diesem Falle alles dasjenige, so weit es nach der Beschaffenheit der Sache anwendbar ist, beobachtet, was unter den Numern 3, 4, 5, 6, 7 und 8 festgesetzet worden.

12.

Sollte der Fall eintreten, daß beide Obergerichte sich über ein abzugebendes Urthel, oder Erkenntniß, zu einem gemeinschaftlichen Schlusse nicht vereinigen könnten; so werden die Acten, auf Kosten beider streitenden Theile, an eine auswärtige Juristen-Facultät, zum Spruch Rechtens versandt, und es besorget sowohl diese Verschickung der Acten, als die nachherige Eröffnung der eingeholten Urthel, dasjenige Obergericht, bey welchem vorher die Prävention eingetreten ist. Uebrigens ist

13.

eine Appellation von dem Erkenntniß des Judicii mixti nicht anders zulässig, als wenn die Beschwerde wenigstens

Zwan-

Zwanzig Fürsten-Gulden, oder Ein und Zwanzig Thaler in Churfürstlich-Hessischer, und Zwanzig Thaler in Churbraunschw. Cassen-Münze, beträgt.

Auf den Fall endlich,

14.

daß einer oder der andere der litigirenden Theile, bey dem solchergestalt auf gemeinschaftliche Vereinbarung erfolgten Erkenntniß, sich nicht beruhigen wollte, so soll zwar dawider kein Suspensiv-Rechtsmittel stattfinden, jedoch die Appellation an das Ober-Appellations-Gericht des einen oder des andern Landes, wider ein solches, in der Maaße verstattet seyn, daß, wenn die Summe, in Absicht deren sich ein Theil gravirt hält, in Armen-Sachen Einhundert Thaler, in allen andern Sachen aber Zweihundert Thaler in Golde, den Louisd'ôr zu Fünf Rthlr. gerechnet, beträgt, die Appellation an das Ober-Appellations-Gericht desjenigen Landes gerichtet, und lediglich von demselben, mit Ausschließung des Ober-Appellations-Gerichts des andern Landes, entschieden werde, bey dessen Gericht zweiter Instanz die Instruction der Sache und Eröffnung des Erkenntnisses geschehen.

LXXV. Erörterung.

Verschiedenes über die Gerichtsbarkeit des Magistrats der Stadt Stade.

§. 1.

So lange und so kräftig sich auch die Stadt Stade *) vor dem vierzehnten Jahrhundert dagegen zu verwahren suchte, so mußte sie doch endlich die vormaligen Erzbischöfe von Bremen als eigentliche Oberherren anerkennen, und denselben den landesunterthanlichen Gehorsam leisten g). Die Stadt hatte jedoch, während der Erzbischöflichen Regierung, sehr ansehnliche Vorrechte. Inhalts eines, von dem Kaiser Ludwig d. Frommen i. J. 1329 ertheilten Privilegii, sollte Stade mit neuerlich hergebrachten Auflagen nicht beschweret werden, auch, sammt allen dortigen bürgerlichen Einwohnern, nicht verbunden seyn, den Erzbischöfen einen Huldigungseid zu leisten, bis diese er-

*) Von der alten Geschichte der Graffschaft Stade s. Pract. Erörter. B. 3. Erörter. 74. §. 3. und die daselbst angef. Schriftsteller.

g) Hannöv. nützliche Sammlung vom J. 1757, St. 68. Seite 1138. Herzogthümer Bremen und Verden, Samml. 6. Nro. 4. §. 50 u. f.

erwiesen, daß der Kaiser die Jura superioritatis bestätiget habe h). Schon lange vorher, i. J. 1209, hatte die Stadt vom Kaiser Otto d. vierten einen Freiheitsbrief erhalten, wodurch die Bürger von aller Erzbischöflichen Jurisdiction, und besonders von der Verbindlichkeit, vor des Erzbischofes Bothding i) zu erscheinen, ausgenommen waren k). So oft übrigens die Erzbischöfe, entweder in eigener Person, oder, wie am gewöhnlichsten zu geschehen pflegte, durch ihre Landdrosten zu Bremervörde, das Bothding in Stade halten, und zu dem Ende dahin reisen wollten, mußten sie sich jederzeit zuvor mit einem sichern Geleitsbriefe von dem dortigen Stadt-Magistrate, für sich und ihre Official-Bediente, versehen lassen l); ja man behauptet sogar, ihnen selbst wäre nicht einmal verstattet gewesen, auch nur eine einzige Nacht ohne des Raths Vorwissen und Genehmigung, in der Stadt zuzubringen.

§. 2.

h) Mushard Diss. de ver. antiq. pryc. urb. Stad. Nro. 3. pag. 16. Wallich ver. relat. de incend. Stad. pag. 110.

i) Dieses Bothding oder gebotenes Gericht — Strafstrenges und scharfes Gericht — ward jährlich einmal, am Montage nach Dionisius, und zwar vor dem Bischofshofe zu Stade, unter freiem Himmel gehalten. Ueber die Art der Haltung des Gerichs, und besonders darüber, was für Personen vor dasselbe gehörten, s. Mevius Abhandl. über die Brem. Constitution von wucherlichen Contracten, P. 2. Cap. 8. pag. 110 und Roth Program. de Diplom. Otton. 4. Stad 1209. irrog. pag. 29 seq.

k) Wallich l. c. pag 112. Mushard l. c. Sämmtliche Einwohner ohne Unterschied standen unter des Stadtraths Gerichtsbarkeit, und die Berufungen von desselben Erkenntnissen giengen unmittelbar an das Reichs-Cammergericht.

l) Roth l. c. pag. 33. §. 6.

§. 2.

Nachdem, durch den Westphälischen Frieden, das Erzbißthum Bremen secularisiret, und als ein Herzogthum, mit allen Rechten, welche vorhin die Erzbischöfe als Landesherren gehabt hatten, der Krone Schweden abgetreten war, änderte sich auch manches in den Verhältnissen der Stadt Stade m). Die Königin Christine sandte verschiedene Commissarien in das Herzogthum, um sowohl, wegen der zu machenden neuen Einrichtungen alles zu untersuchen, als mit den Landesständen überhaupt, und besonders auch mit der Stadt Stade, über die zu leistende Huldigung, und die dagegen von der Königin zu ertheilende Confirmation der Privilegien, Handlung zu pflegen n). Nach einer genauen Prüfung der Städtischen Rechte, ward, am 3. Februar 1652, der sogenannte Fundamental-Receß mit der Stadt vollzogen, und am 23. Junius desselben Jahres von der Königin Christine confirmiret, in dessen §. 2, wegen des Justizwesens und der Gerichtsbarkeit, folgendes festgesetzet ist o): „Vor-

m) Bisher hatten Rath und Bürgerschaft dem Landesherrn keinen Huldigungseid abgestattet; dem neuen Souverain mußte derselbe geleistet werden. Sonst war die Erzbischöfliche Canzley jederzeit zu Bremervörde gewesen; nun begaben sich der General-Gouverneur, die Regierung, das Justiz-Collegium, das Hofgericht und die Königl. Cammer-Bedienten nach Stade, auch ward daselbst 1651 ein eigenes Consistorium errichtet. Die Stadt bekam überdies eine ordentliche Garnison, welche sie vorhin noch nie gehabt hatte. Herzogth. Brem. und Verden a. a. O. §. 57.

n) Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 3. Seite 269.

o) Der Fundamental-Receß sowohl, als die Confirmat.-Urkunde, sind abgedruckt in Schlichthorsts Beyträgen zur Geschichte der

„Vors andere soll dem Rathe die freie Administratio ju-
„stitiae und prolatarum sententiarum Executio, in ihrer
„Stadt und Bothmäßigkeit, sowohl in Civilibus als Crimina-
„libus, über alle und jede, so sich bey ihnen niederlassen und
„wohnen, ausserhalb denen, welche in wirklichen Diensten Ihro
„Königl. Majestät und der Krone Schweden begriffen, nach
„Anweisung der gemeinen beschriebenen Rechten, Reichs-Con-
„stitutionen, und Satzungen, auch nach ihren alten wohlherge-
„brachten Statuten p), aufgerichteten Recessen und Gerichtsord-
„nungen, wie sie darauf alle Jahre geloben und schwören müs-
„sen, wie auch das Stadtregiment, wie hergebracht, zu führen,
„ungekränkt und ungeschmälert, ruhiglich gelassen. Weilen
„aber, vermöge angezogener ihrer Gerichtsordnung, und mit
„angeführter Observanz, die Appellationes von ihren Urthei-
„len, an das Kaiserliche Cammer-Gericht vor dem immediate
„ergangen, nunmehro aber, durch den errichteten allgemeinen
„Frieden, Ihro Königl. Majestät, das Privilegium de non
„appellando, aus denen deroselben in Teutschland abgetretenen
„Herzog-Fürstenthümern und Ländern, erhalten, so hat der
„Rath sich nebst der Bürgerschaft, Ihrer Königl. Majestät zu
„unterthänigsten Ehren, dahin erkläret, daß die Appellationes
„und

der Herzogth. Brem. und Verden. B. 2. S. 57 u. f. S. a. Pratje Herzogth. Brem. u. Verd. Samml. 6. Seite 354.

p) Die alten Stadt-Statuten finden sich abgedr. b. a Pufendorf Tom. 1. Observat. in Append. pag. 163; a Senckenberg Select. Jur. et histor. Tom. 6. pag. 267; a Grothaus Disp. Stat. Stadensia de 1279 ex codice auth. accur. descripta cum introduct. historica, lectionum variant. farragine et gloss. specim. Göttingae 1766. Die 1606 publicirte Gerichtsordnung b. a Pufendorf Tom. 2. Observat. in Append. pag. 288 seq. Letztere bedarf aber heutiges Tages eines Commentars, wegen der von Zeit zu Zeit eingetretenen Abänderungen.

„und Provocationes nun hinführo, an das üblich hergebrachte
„Hofgericht ergehen, daselbst auch der Rath immediate be-
„sprochen, und die Bürgerschaft und ein jeder von derselben
„in particulari, in instantia appellationis Recht geben und
„nehmen, auch ohnweigerlich zu Rechte stehen, und erscheinen
„wollen und sollen; sonsten aber der Rath bey seinen, an ih-
„ren Gerichten hergebrachten, Instantiis ohngehindert gelassen,
„und keiner in Justizsachen von der Königl. Regierung und
„Canzley mit einigen Mandatis judicialibus oder extrajudi-
„cialibus, beschweret noch beleget, obige Appellationes auch
„nicht anders, denn es sey die Summa, vermöge des in Anno
„1600 ins Römische Reich in vim pragmaticae sanctionis
„publicirten Deputations-Abschiedes, appellabilis, und trage
„an Hauptsumma 300 Reichs- oder Römische Gulden aus q),
„angenommen werden, dann den Parteien freistehen, nach Be-
„findung weiter an das Summum Tribunal. Wismariense,
„rechtlicher Verordnung nach, zu provociren. Was aber die
„Regierungssachen belanget, verbleibet es bey dem üblichen Her-
„kommen."

Ungern, höchst ungern wollte der Magistrat zu Stade sich und seine Erkenntnisse der Gerichtsbarkeit des Hofgerichts unterwerfen, und die geringe Appellationssumme von 300 Reichs-Gulden anerkennen. Obgleich der Fundamental-Receß bereits am 3. Februar 1652 vollzogen war, so mußte der, von Seiten der Stadt Stockholm gesandte, Secretarius Hintze noch-

q) Die Summe ward bald darauf bis auf 400 Rthlr. erhöhet. v. Bülow über die Verfassung des O.A.Gerichts zu Zelle, Th. 2. §. 199 und 200. Pract. Erörterungen, B. 2. Erörter. 3. Not. u. Seite 69. und Resolution der Königin Christine v. 19. August 1652, abgedr. i. Schlichthorsts Beyträgen, B. 3. S. 55.

nochmals um eine Abänderung in Absicht jener Gegenstände nachsuchen. Sowohl dieser, als ein bald darauf wiederholter Versuch ähnlicher Art, mißglückten aber in dem Hauptpuncte, denn durch die Königlichen Resolutionen vom 19. August 1652 und vom 18. May 1653 ward dem Magistrate zu erkennen gegeben: daß es quoad punctum juris secularis ut et ratione primae instantiae lediglich bey dem Inhalte des Fundamental-Recesses verbleiben müsse. Blos das Gesuch um die Erhöhung der Appellationssumme fand ein beyfälliges Gehör, und es ward diese in der Resolution vom 19. August 1652 verdoppelt, und auf **Vierhundert** Reichsthaler gesetzet r). Während der Regierung

r) Beide angeführte Resolutionen sind nachzulesen in Schlichthorsts Beyträgen, B. 3. Seite 54. 70 und 77. In der ersten Resolution ward dem Abschlage des Gesuchs die folgende tröstende Versicherung hinzugefügt: „Es wollen aber I. K. M. dem Justiz-Collegio Befehl thun, daß sie den Rath und Gemeine dawider nicht beschweren, noch mit Processen oder Citationen für das Collegium Justitiae, also genannte Canzelley, zu erscheinen, wider sie verfahren, oder damit graviren, sondern der den Rath zu Stade in judicialibus et forum contentiosum concernentibus zu belangen hat; solches an iztgedachtes Hofgericht im Lande, als primam instantiam verweisen, und daselbst unparteiisch wider sie procediret werden solle“. In der andern Resolution vom 18. Mai 1653, wodurch der Magistrat §. 2 angewiesen wird, die Königin mit dem Puncto juris secularis nicht weiter zu molestiren, findet sich §. 11, nach der Versicherung, daß die Stadt in dem, so den punctum justitiae angehe, und worzu sie vor Alters berechtiget, nicht graviret werden solle, noch der folgende Zusatz: „Im Fall auch die Commissarien befinden werden, daß E. E. Rath darüber gewisse Privilegia und Gerechtigkeiten hätte, wenn jemand von ihren Bürgern zu Ablegung Zeugschaft vorgeschlagen, daß derselbe vor dem Rath

gierung des Königs Carl Gustav, kam, so viel bekannt ist, wegen der Gerichtsbarkeit des Magistrats zu Stade, kein Zweifel zur Sprache. Als aber, nach dessen 1660 erfolgtem Tode, die unter dem Vorsitze der Königin Hedewig Eleonore verwaltende Vormundschaft die Rechte der Bremischen Landstände vielfältig zu schmälern suchte; so veranlaßte dieses, auch von Seiten der Stadt Stade, eine Menge von Beschwerden, welche von den zu dem Ende abgesendeten Deputirten in Stockholm angebracht wurden. Unter diesen Beschwerden befanden sich auch folgende: daß man die Städte s) in ihrer wohlhergebrachten Jurisdiction per media violenta turbire; deren angehörige Bürger vor das Collegium justitiae citire; und daß letztgedachtes Collegium über die in der Stadt Bothmäßigkeit belegene Güter cognoscire. In der hierauf den Deputirten am 20. May 1663 ertheilten Resolution wich zwar die Königl. Vormundschaft einem ganz bestimmten Bescheide über die gedachten Gravamina um deswillen aus, weil, — wie gesagt ward — aus angeregten generalibus in specie et facto, von den Deputirten nichts allegiret noch beygebracht sey t); indessen ward doch die Erklärung hinzugefüget: „daß man nicht „gemeinet wäre, hinführo, es sey von der Regierung oder dem „Justiz-Collegio, das Geringste geschehen zu lassen, was den „Recessen zuwider sey. Immittelst halte man auch dafür, daß „dergleichen des Justiz-Collegio halber angeführte Beschwerden „künf-

Rath abgehöret werde, so wollen auch S. K. M. sie dabey auf solchen Fall lassen, und sollen die Commissarii dem Collegio justitiae anbefehlen, sie daran nicht zu verhindern oder zu verunruhigen“.

s) Die Stadt Buxtehude führte, durch ihre gleichfalls nach Stockholm gesendete Deputirten, gleiche Beschwerden, wie Stade.

t) Schlichthorst a. a. O. B. 3. Seite 83.

„künftig cessiren würden, nachdem man entschlossen sey, das „Hofgericht, auf die in der Erläuterung ad Privilegia generalia u) specificirte Weise, ehestens wieder einrichten zu lassen, „damit die Städte, den Recessen nach, darunter ihr Forum „unstreitig sortiren, und also ihre Bürger davor Recht geben „und nehmen könnten.“

Späterhin kam noch eine Beschwerde der Stadt, wegen der von Seiten der landesherrlichen Collegien verfügten übermäßigen Annahme von Procuratoren und Advocaten, vor, welche sämmtlich die Befreiung von der städtischen Gerichtsbarkeit prätendirten. Die Königliche Vormundschaft rescribirte dieserhalb, am 23. November 1672, an die Regierung zu Stade: „daß vier, höchstens sechs graduirte und gewissenhafte Leute zu „ordinairen Advocaten bey dem Gerichte anzunehmen wären, „bey dem Magistrate aber es dahin zu behandeln und zu ver„schaffen sey, daß diesen ordinairen Advocaten die bisherige „Exemtion zu Theil werde, die übrigen Advocaten hingegen „unter bürgerlicher Jurisdiction und Pflicht blieben.“ x)

Als endlich demnächst der König Carl d. XI. der Stadt Stade die allgemeine Confirmation ihrer Privilegien ertheilte; so wurden der hierüber am 10. Februar 1680 ertheilten Königl. Resolution y) noch folgende, die Gerichtsbarkeit betreffende, besondere Zusicherungen eingerücket. „Gleichwie nun — heißt „es §. 2 — diesemnächst die Stadt unterthänigst remonstriret, „daß ihr, Kraft solcher Privilegien, die Jurisdiction aller in der

u) Diese Privilegia und deren Erläuterungen finden sich abgedruckt in den Herzogth. Bremen und Verden, Samml. 3. S. 201 u. f.; m. s. a. Pratje Altes u. Neues B. 2. S. 148.

x) Schlichthorst a. a. O. B. 3. S. 103.

y) Ebenders. S. 106.

„der Stadt befindlichen, und sich daselbst aufhaltenden Leute
„und Personen, ausser J. K. M. wirkliche Bedienten und dero
„Familien und Hausgenossen zustehet; also, und nachdem sich
„einige derselben unbefugt zu entziehen bemühet sind, wollen
„J. K. M. hierdurch expresse verordnet haben, daß die Stadt
„auch in diesem Stücke solche ihre Privilegia und deren de-
„pendirende Jurisdiction, nach wie vor, ungehindert über alle
„und jede in J. K. M. Diensten nicht begriffene Leute und
„Personen, ohne Unterschied, exerciren und beybehalten solle,
„desfalls der Regierung, genaue Aufsicht zu halten, hiermit
„anbefohlen wird."

Ferner verordnet §. 6 gedachter Resolution:

„Weil es sich auch oft zuträgt, daß einige Bürger, und
„andere unter der Stadt Bothmäßigkeit gehörige Personen,
„in ein und andern, bey dem K. Hofgerichte und Justiz-Col-
„legio vorkommenden Casibus, zu Zeugen erfordert werden,
„und die Stadt solche Examina ihrer Bürger, dem Herkom-
„men und zustehender Jurisdiction nach, zu verrichten befugt
„zu seyn, remonstriret; so wollen J. K. M., wenn solches be-
„richtetermaßen befunden wird, die Stadt, auch in dieser ih-
„rer Befugniß, nicht hindern lassen, besondern obige Dero Ge-
„richte hiermit anbefohlen haben, alle immediate Vorladung
„der Bürger abzustellen, und mit dergleichen Zeugenverhör per
„modum requisitionis zu verfahren."

§. 3.

Als im Jahre 1715 das Churhaus Braunschweig-Lüne-
burg zu dem Besitze des Herzogthums Bremen gelangete, fing
man sogleich an, den Rechten und Prätensionen der Stände
nachzuforschen. Die Stadt Stade übergab damals, am 8.
Januar 1716, eine von dem derzeiten Stadtsyndicus, Doctor
Hein-

Heinrich Heisling z) verfaßte schriftliche Darstellung ihrer Verfassung und ihrer Privilegien, der Regierung zu Stade, worin nicht allein, unter der Rubrik: *de Ecclesiasticis*, die dem Stadt-Magistrate zustehende Jurisdiction, sowohl über Priester, Kirchen- und Schulbediente, als derer in des Raths Bothmäßigkeit gelegenen Güter und Sachen, wie ferner in causis delictorum tam civilium quam criminalium, die Cognition und Bestrafung, nicht weniger die daher entstehende Remotion, als zweifelfrei aufgeführet a); sondern auch, ferner, unter der Ueberschrift: Politica, und zwar 2ter Justizsachen, Folgendes bemerklich gemachet ward:

„Es

z) Von den Lebensumständen dieses verdienten, i. J. 1733 verstorbenen, Mannes s. von Seelen Stada literata, pag. 56.

a) S. den Fundamental-Receß v. 3. Febr. 1652 §. 1. In Beziehung auf die Remotions-Befugniß ist jedoch, in der besagten Darstellung, folgender einschränkender Zusatz gemacht: — Nur daß 1), wenn es auf das punctum religionis oder articulor. fidei ankömmt, und entweder von dem Königlichen Consistorio so was vermerket wird, oder auch der Rath, die unter den Priestern in negotio religionis sich etwa aufgebende Dissidia in der Eile nicht aufzugreifen vermag, derselbige alsdann dem Königl. Consistorio auf Erfordern jedesmal Deputirte zuzuschicken, auch die etwa dissidirende Priester selbst zum Verhör und Erörterung, in Gegenwart und mit Zulassung der erwähnten Rathsdeputirten zu sistiren, und dessen Erkenntniß und Verordnung darin nachzugehen, und solche zu exequiren schuldig; (Fundamental-Receß, §. 1 am Ende). Imgleichen auch 2, in andern die Remotion eines Priesters betreffenden Fällen, zur wirklichen Execution der abgesprochenen Urthel eher nicht schreiten soll, bevor der Königl. Regierung und dem Consistorio Nachricht davon gegeben worden, da es gleichwohl alsdann bey der einmal rechtmäßig abgesprochenen Urthel, salvo appellationis beneficio, sein Ver-

„Es competiret dem Magistrate, in seiner Stadt und Bothmäßigkeit:

„1) die freie Administratio justitiae, und prolatarum „sententiarum executio, nach den gemeinen beschriebenen Rech„ten, Reichsconstitutionen, und Satzungen, auch den wohlher„gebrachten Stadt-Statuten, aufgerichteten Recessen, und Ge„richtsordnung, wie sie alle Jahr darauf geloben und schwö„ren müssen, und zwar,

„2) sowohl in criminalibus, als civilibus b),

„3) über alle und jede, die in der Stadt sich niederlassen und „wohnen c), allein diejenigen ausgenommen, welche in wirkli„chen Königlichen Diensten stehen, für sich, dero Familie und „Hausgesinde d), nebst vier, höchstens sechs, von der Königl. „Regierung in numerum Advocatorum, auf- und angenom„menen graduirten Personen. e)

„Der

Verbleiben haben soll. (s. a. Erläuterung der Stände General- und Special-Privilegien v. 20. May 1663 am Schlusse, abgedruckt i. d. Herzogth. Brem. u. Verden, Samml. 3. S. 201 u. f.)

b) Conf. Mart. Zeilleri nov. Descript. Regn. Suec. pag. 509.

c) Auf Stand, Geschlecht und angeborne Würde kömmt es hierbey nicht an. Fremde, die entweder nur durch die Stadt reisen, oder sich daselbst eine Zeitlang aufhalten, imgleichen die Vorstädter und Stadt-Meier, stehen auch unter des Raths Jurisdiction. Herzogth. Brem. u. Verden, Samml. 6. S. 372. Note k.

d) Fundamental-Receß v. 3. Febr. 1652, §. 2, und Königl. Resolution v. 10. Febr. 1680, §. 2.

e) Letztangezogene Resolution v. 1680, §. 4. Sie heißen gemeiniglich Advocati oder Procuratores ordinarii. Auf den er-

 halte-

„Der Magistrat selbst aber, wird

„4) immediate bey dem Königlichen Hofgerichte bespro„chen, und gehen dahin

„5) auch die Appellationes von des Magistrats Erkennt„nissen, wofern jedoch die Summa, worüber gestritten wird, auf „400 Rthlr. sich beläuft f); und ist im übrigen der Magistrat

„6) bey seinen hergebrachten Instantiis der Stadtgerichte „zu lassen, und von der Königl. Regierung und Canzlei, mit „einigen Mandatis judicial oder extrajudicialibus, nicht zu „beschweren g). Geben sich

„7) Fälle auf, daß Stadische Bürger beym Königl. Hof„gerichte oder Justiz-Canzlei zu Zeugen vorgeschlagen werden, „so sind dieselben nicht zu evociren, besondern es ist darunter „per modum requisitionis zu verfahren h)."

Ob

haltenen Gradum wird, bey der Ansetzung derselben, gegenwärtig nicht mehr so sehr reflectiret. Herzogth. Brem. u. Verd. Samml. 6. S. 373. Note m. Im Jahre 1803 waren sieben Advoc. et Procurat. ordinarii angesetzet, worunter sich aber auch der Cammer- und Amts-Advocat, der Cammer- und Amts-Procurator und der Commissarius Fisci befanden. S. Hannöv. Staats-Calender v. J. 1803, Seite 92 und 93.

f) Fundamental-Receß v. 3. Febr. 1652, §. 2, und Resolution vom 19. Aug. 1652.

g) Fundamental-Receß a. a. O.

h) Resolution v. J. 1680, §. 6. Dem letztgedachten Puncte ist in der angezogenen Darstellung jedoch folgende Bemerkung hinzugefüget: „An sich hat dieser Punct immer Zweifel gehabt; nur hat die Königl. Schwedische Regierung dem Magistrate, nach dem Erzbischöflichen Stylo, das Wort: begehren, nicht gern zustehen, sondern vermeinen wollen, daß derselbige sich begnügen könn-

Ob im Jahre 1716, oder später, die in dieser Heislingischen Darstellung i) aufgeführten Vorrechte und andere Privilegia der Stadt Stade von dem Könige Georg I. ausdrücklich confirmiret sind, ist zwar aus öffentlichen Nachrichten nicht zu ersehen. Es bedurfte indessen einer solchen Bestätigung auch nicht, da der König, in dem Stockholmer Friedensschlusse vom 23. November 1719, Art. 4, ausdrücklich versprach: Alle Unterthanen, auf dem Lande sowohl, als in den Städten ermeldeter Herzogthümer Bremen und Verden, bey ihren wohlher-

könnte, wenn er in effectu eben das, sub vocula: committiren erhielte, weil bey Reichsständen die Requisition, bey der Stadt Bremen, das Wort „begehren" gebrauchet würde, und gleichwohl ein Unterschied bleiben müsse, wie man solches, aus dem über obige Königl. Resolution gehaltenen Regierungs-Protocolle vom 17. Jul. 1680, in probante forma sub tit. D. gern aufrichtig darleget. Nun sind zwar die Königl. Schwedischen Gerichte bey ihrer Meinung in praxi so verblieben; wenn man aber so consideriret, daß der Stadt Bremen ihre angemaßte Immedietät nicht agnosciret wird, (das war damals noch der Fall, und der Verfasser der Darstellung calculirte daher gewiß nicht unpolitisch, indem er dieses Argument zum Vortheil von Stade gebrauchte) und eben darum in dem Habenhäusischen Receß, Art. 7, das Wort: begehren, beybehalten ist, welches beiden Städten, Bremen und Stade, zu Erzbischöflichen Zeiten gemein gewesen; so scheinet es der Bremer ihre Imagination nur zu vergrößern, wenn ihre Stadt von Stade dergestalt nunmehro distinguiret wird."

i) Diese Darstellung der Stadischen Verfassung findet sich vollständig abgedruckt i. Schlichthorsts Beyträgen zur Geschichte der Herzogth. Bremen und Verden; B. 3. Nro. 1. Seite 5 u. f.; man vergl. damit die Herzogth. Brem. und Verd. Samml. 6. Seite 367 und 372.

hergebrachten Freiheiten, Gütern, Rechten und Privilegien, insgemein und absonderlich, jederzeit unbekümmert und unbekränkt zu lassen, zu handhaben und zu schützen k). Dahingegen ist die Confirmation sämmtlicher Privilegien, mit wörtlicher Wiederholung der durch die Königin Christine 1652 geschehenen Bestätigung, von dem Könige Georg II. am 12. Jul. 1735, und von dem jetzigen Könige Georg III. am 22. May 1767, der Stadt Stade ertheilet.

§. 4.

Die fortdauernde Existenz der in dem vorstehenden §. erwähnten Jurisdictions-Verhältnisse wird solchergestalt der Stadt Stade und dem dortigen Magistrate l) im Allgemeinen nicht mit Grunde bestritten werden können. Ueber die Deutung der vorhandenen Privilegien, in einzelnen besondern Fällen, sind aber hin und wieder, zwischen den landesherrlichen Justiz-Collegien und dem Magistrate, Zweifel zur Sprache gekommen, deren Erwähnung, verbunden mit der Bekanntmachung der darüber erfolgten oberrichterlichen Entscheidungen, dazu dienen kann, um

k) Pratje Altes und Neues aus den Herzogth. Brem. und Verd. B. 7. Seite 30.

l) Von der Stadtverfassung und der Organisation des Magistrats zu Stade s. m. Herzogth. Bremen u. Verd. Samml 6. Seite 357 u. f.; Haupt-Receß zwischen dem Rath und der Bürgerschaft zu Stade vom 25. Jan. 1606; Additional-Receß vom 24. Oct. 1607; Wahl-Receß vom 11. Novemb. 1672; und Receß wegen zu vermindernder Zahl der Rathspersonen, vom 25. Jun. 1711. Die drei erstgedachten Recesse finden sich abgedruckt in Schlichthorsts Beyträgen, B. 1. S. 303 u. f. und B. 2. S. 71 u. f.

um die Zahl ähnlicher Streitigkeiten für die Zukunft zu verringern.

Obgleich die oben angeführten Recesse und Resolutionen in dem Stücke nichts ausdrücklich bestimmen, so hat doch der Magistrat bislang nicht in Abrede gestellet, sondern es vielmehr in mehreren Rechtssachen m) ausdrücklich zugegeben und eingestanden, daß nicht allein, erstlich: den in Stade selbst angestellet gewesenen herrschaftlichen Civil-Bedienten, und den dort garnisonirenden Officieren, wenn dieselben, entweder mit oder ohne Pension, den Dienst verlassen, und ihren Wohnort in Stade behalten, für ihre Personen und Familien, bis zum Absterben, die Fortdauer des einmal genossenen privilegirten Fori nicht bestritten werde; sondern daß auch zweitens die allgemeine Regel, nach welcher die Witwen und Kinder der landesherrlichen Bedienten, so lange deren Status nicht verändert wird, das Forum ihrer verstorbenen Ehemänner und Väter in persönlichen Klagen beybehalten n), auch auf die Witwen und Kinder der in Stade selbst wirklich angestellet gewe-

m) Unter andern namentlich in den zu der Entscheidung des höchsten Tribunals gelangten Rechtssachen, Magistrat zu Stade wider die Witwe des Hauptmanns von Zeppelin, in pto. Jurisdictionis, (Sent. de 31. März 1756) und Magistrat zu Stade wider die Justizcanzley daselbst, die Versiegelung des Nachlasses der Hofräthin von Schrader betreffend. (Sent. S. T. de 15. Septemb. 1795.

n) Mevius P. 4. Decis. 117. P. 8. Decis. 459. Claproth bürgerl. Proceß, Th. 1. §. 42. Seite 148. a Pufendorf Tom. 2. Observat. 93. Der letztgedachte Schriftsteller hält jedoch an einem andern Orte, nämlich Tract. de Jurisd. Germ. P. 3. Sect. 2. Cap. 1. §. 46, und Animadvers. Jur. T. 1. Nro. 16. dafür, daß aller befreieter Gerichtsstand der herrschaftlichen

wesenen, mit einem befreieten Gerichtsstande versehenen, landesherrlichen Civil-Bedienten, und der, zur dortigen Garnison gehörig gewesenen Officiere, wenn diese während ihrer wirklichen Dienstzeit versterben, sich erstrecke, und daß mithin dergleichen Witwen und Kinder, wenn sie den Aufenthalt in Stade fortsetzen, durch den Tod ihrer Ehemänner und Väter, der Gerichtsbarkeit des Magistrats nicht unterworfen werden o). Dahingegen sind folgende Fragen mehrmals, theils beyläufig in Zweifel gezogen, theils förmlich im Wege Rechtens bestritten.

Erstlich: Ob landesherrliche Bediente, aus andern Landesprovinzen als den Herzogthümern Bremen und Verden, und Officiere, die nicht zu den in diesen Herzogthümern garnisonirenden Truppen gehören, wenn sie sich in Stade aufhalten, von der Jurisdiction des Magistrats befreiet sind?

Zwei-

lichen Bedienten mit deren Tode aufhöre, wofern nicht eine besondere Würde der Grund desselben gewesen sey.

o) Auf die Witwen und Kinder derjenigen in Stade garnisoniret gewesenen Officiere, die dort nicht mehr während ihrer wirklichen Dienstzeit, sondern nachdem sie ihre Dimission, mit oder ohne Pension, erhalten hatten, verstorben sind, erstrecket sich jedoch das Zugeständniß des Magistrats keinesweges. Die Witwen und Kinder solcher dimittirten Officiere kommen vielmehr nach dem Tode ihrer Ehemänner und Väter unter des Magistrats Jurisdiction, wie dieses von dem höchsten Tribunale am 13. December 1768, i. S. Burg. und Rath zu Stade wider das dortige Hofgericht, ad Acta Stuhr wider die Witwe des pensionirten Oberstlieutenants von Engel; wie auch am 10. Jun. 1775, in Sachen B. und Rath zu Stade wider die dortige Justizcanzley, die Versiegelung des Nachlasses weiland Hauptmanns von Schneen betreffend, erkannt ist.

Zweitens: Ob verabschiedete landesherrliche Civil-Bediente, die nicht in Stade selbst angestellet gewesen sind, und dimittirte Officiere, die nicht zu der dortigen Garnison gehöret haben, dadurch, daß sie Stade zu ihrem Wohnorte wählen, der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen werden?

Drittens: Ob die Wittwen und Kinder solcher landesherrlichen Civil-Bedienten und Officiere, die nicht in Stade selbst angestellet oder garnisoniret wären, die Fortdauer des befreieten Gerichtsstandes verlieren, wenn sie sich nach Stade begeben?

Viertens endlich: Ob, bey der Beantwortung der zweiten und dritten dieser Fragen, der Umstand einen Unterschied bewirken kann, daß die Personen, von denen hier die Rede ist, mit in Häusern wohnen, die, vermöge eines besondern in Stade existirenden Gebrauchs, durch ein Vorrecht des Eigenthümers oder Hauptbewohners, von der Jurisdiction des Magistrats exemt sind?

§. 5.

Die Beantwortung der ersten dieser aufgeworfenen Fragen dürfte wohl nicht sehr zweifelhaft seyn. Der Grund des befreieten Gerichtsstandes, so weit dieser nämlich einen Theil der den landesherrlichen Bedienten, Civil- und Militair-Standes, beygelegten Würden und Vorzüge ausmachet, lieget theils in dem noch hin und wieder seine Wirkung äußernden Grundsatze der alten Deutschen Rechte: daß Jedermann nur von seines Gleichen zu richten sey; theils in der Absicht einer besonderen Belohnung geleisteter und zu leistender Dienste. Freilich kann, besonders diese letzte Ursache, ausserhalb des Territorii des Dienst- und Landesherrn, nicht wohl anders einen befreieten Gerichtsstand begründen, als in sofern benachbarte Landesherren aus wechselseitiger Gefälligkeit ihren Bedienten gegenseitig die Exem-

Exemtion von der Niedern-Gerichtsbarkeit ihrer Lande gestatten p); allein mit den Staatsdienern der verschiedenen Provinzen eines und desselben Landesherrn tritt ein ganz verschiedenes Verhältniß ein. So wenig den, bey der Staatsverwaltung im Calenbergischen angesetzten höhern Bedienten, oder den in dieser Provinz garnisonirenden Officieren, die Canzleisässigkeit und der privilegirte Gerichtsstand, im Fürstenthume Lüneburg und den übrigen Landes-Provinzen, je bestritten ist, weil alle diese Provinzen der Landeshoheit eben desselben Landesherrn unterworfen sind, mithin der Satz: daß Privilegia ausserhalb des Territorii des Privilegirenden cessiren, dawider schlechterdings nicht angewendet werden kann; eben so wenig darf in diesem Stücke auch Stade eine Abweichung behaupten, nachdem die Stadt, durch die Secularisation des Erzbißthums aufgehöret hat, zu einem eigenen, für sich bestehenden Territorio zu gehören. Der Fundamental-Receß v. J. 1652, worin dem Magistrate die Jurisdictio omnimoda über alle Einwohner, mit alleiniger Ausnahme der in wirklichen Königl. und der Krone Schweden Diensten stehenden Bedienten, verliehen ist, begründet, weder nach der Natur der Sache, noch nach den im Recesse gebrauchten Worten, die Einschränkung des befreieten Gerichtsstandes in der Stadt Stade, auf die bey den Bremischen Collegiis und Departements angesetzten landesherrlichen Diener. Nach der Allgemeinheit der gebrauchten Ausdrücke, und nach der Befugniß des Landesherrn, Privilegia zu ertheilen, die in seinem ganzen Gebiete, von einer Provinz zur andern, ihre Kraft äussern, sind, unter den im Fundamental-Recesse vorkommenden Worten, alle Königl. Schwedische Bediente, ohne Unterschied, und

p) In diesem Betrachte behaupten daher **Mevius** ad Jus Lubec. Q. prael. 3. Nro. 47, und Meister i. d. Einleitung zum peinl. Processe, Seite 715, ganz zutreffend: daß der privilegirte Gerichtsstand Ministr. Princip. extra territorium nicht gelte.

und insonderheit auch diejenigen zu verstehen gewesen, die in den andern Deutschen Landen der Krone Schweden — dem Herzogthume Pommern und der Herrschaft Wismar — angesetzet waren. Da nun, durch die Schwedischer Seits geschehene Abtretung des Brem- und Verdenschen, das Privilegium Fori sämmtlicher Schwedischen Bedienten gänzlich aufgehöret hat, so ist nichts billiger, als daß an deren Stelle die Churbraunschweigschen Bedienten jetzt gleiche Vorrechte in Stade genießen q). Ohne Zweifel haben die Landesherren aus dem Churbraunschweigschen Hause, bey der Bestätigung der Stadischen Privilegien, diesen Grundsatz, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt, und auf die in ihren andern Provinzen hergebrachte Befreiung ihrer eigenen Bedienten Bedacht genommen. Mit dem besten Grunde ist es daher als ausgemacht anzunehmen: daß wirk-

q) Auf Personen, die nicht in der Qualität wirklicher Staatsdiener, sondern vermöge anderer persönlichen Vorrechte einen befreieten Gerichtsstand an andern Orten der hiesigen Lande genießen, ist dieser Grundsatz, zur Beschränkung der Jurisdictions-Befugnisse der Stadt Stade, aber nicht auszudehnen. Als die Conventualin des Klosters Barsinghausen, von der Kuhla, welche zu Stade wohnte, auch dort den ihr, der Regel nach, als Conventualin zustehenden befreieten Gerichtsstand geltend machen wollte; so erkannte das höchste Tribunal auf die dieserhalb von dem dortigen Magistrate angebrachte Appellation, mittelst Sentenz vom 20. December 1763: — Daß, nachdem die weiland Conventualin v. d. K. in der Stadt Stade ihr Domicilium erwählet, und bis zu ihrem Ableben unverrückt beybehalten gehabt hat, dieselbe also, nach dem Fundamental-Recesse v. J. 1652, derer Appellanten Gerichtsbarkeit unterworfen gewesen; demnach übel gesprochen und wohl appelliret, und das auswärtig eingeholte Urthel dahin zu ändern, daß die wegen der Exemtion von der Stadt-Jurisdiction erhobene Klage ungegründet gewesen sey.

wirkliche Churbraunschweigsche Civil-Staatsdiener aus anderen Landesprovinzen als den Herzogthümern Bremen und Verden, und Officiere, die nicht zu den in diesen Herzogthümern garnisonirenden Truppen gehören, den an andern Orten ihnen zukommenden befreieten Gerichtsstand auch dann genießen, wenn dieselben sich in der Stadt Stade aufhalten.

§. 6.

Günstiger für den Magistrat zu Stade fällt größtentheils die Beantwortung der §. 4 aufgestellten zweiten Frage aus: Ob nämlich verabschiedete landesherrliche Civil-Bediente, die nicht in Stade selbst angestellet gewesen sind, und dimittirte Officiere, die nicht zu der dortigen Garnison gehöret haben, dadurch, daß sie Stade zu ihrem Wohnort wählen, der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen werden? Der allgemeinen Regel nach, behalten zwar landesherrliche Civil-Bediente, die, vermöge des von ihnen verwalteten Amtes, ein privilegirtes Forum hatten, dieses Vorrecht auch dann bey, wenn sie, mit oder ohne Pension, auf eine ehrenvolle Art den Abschied erhalten, und den wirklichen Dienst verlassen r), ohne daß hierbey der etwa veränderte Ort ihres Aufenthalts innerhalb des Landes einen Unterschied hervorbringet. Allein in dem besondern Falle, wenn sich dergleichen abgegangene Civil-Bediente nach Stade begeben, tritt allerdings, in Betracht der dortigen städtischen Verfassung, eine Abweichung von jener allgemeinen Regel ein. Sowohl der Fundamental-Receß vom 3. Februar 1652, als die Königl. Schwedische Resolution vom 10. Februar 1680 §. 2, sagen zu deutlich und bestimmt, daß nur diejenigen

r) Practische Erörterungen, B. 1. Erörter. 28. Seite 139 und 147. Zellesche H. G. Ordnung, Th. 2. Tit. 1.

gen, welche in wirklichen Königl. Diensten stehen, von des Magistrats Gerichtsbarkeit befreiet seyn sollen, um es nur irgend zweifelhaft lassen zu können, daß auswärtig mit oder ohne Pension abgegangene Churbraunschweigsche Civil-Bediente dadurch, daß sie die Stadt Stade zu ihrem Wohnorte wählen, dort auf die Fortdauer ihres befreieten Gerichtsstandes Verzicht leisten, und sich der Gerichtsbarkeit des Magistrats unterwerfen.

In Absicht der abgegangenen, nicht zu der Stader Garnison gehörig gewesenen Officiere, welche sich nach Stade begeben, findet gleichfalls die gesetzlich bestimmte Regel: daß alle Ober-Officiere, die mit oder ohne Beylegung von Pension abgehen, für sich und ihre bey ihnen wohnende Familie und Hausgenossenschaft, ihr vorheriges Militair-Forum in persönlichen Civil- so wie in Criminalsachen beybehalten s), keine unbedingte Anwendung. Es ist vielmehr der Unterschied zu machen, ob dergleichen sich nach Stade begebende Officiere, mit oder ohne Beylegung von Pension, dimittiret sind. In dem ersten Falle bleibt der befreiete Militair-Gerichtsstand unverrückt, wie dieses in mehreren Sachen gegen den Magistrat, um deswillen rechtskräftig erkannt ist t), weil pensionirte Officiere, ungeachtet ihrer Di-

Ggg 2

s) Militair-Justiz-Reglement v. J. 1736, §. 3. Pract. Erörterungen, B. 1. Erörter. 28. Seite 145, und Erörter. 31. Seite 169.

t) Auf die Appellation des Magistrats zu Stade wider ein von dem dortigen Hofgerichte, ad Acta von Klenck wider Majorin Prott in pto. vindicationis bonorum feudal. modo jurisdict. abgegebenes Decret, erkannte das O.A.Gericht am 3. Februar 1768: — Da die in Pension stehende Officiers keinesweges für solche angesehen werden mögen, auf welche das implorantische Privilegium eine Anwendung leidet, vielmehr selbige, so

Dimission, die Verbindlichkeit auf sich behalten, so bald es erfordert wird, sich wieder zur Dienstleistung zu stellen, und die-

so lange sie die Pension genießen, in Unsern Diensten verbleiben, dannenhero auch des Majors Prott Ehefrau, da sie sonst der Gerichtsbarkeit Unserer Krieges-Gerichts-Commission unterworfen, in dieser Realklage füglich bey dortigem Hofgerichte belanget werden mögen, die dagegen angezogene Possession aber theils unerfindlich, theils nicht zutreffend, sondern unerheblich ist; als findet das Gesuch Rescripti keine Statt.

Als neuerlich der Magistrat um deswillen, ad Acta Colpe wider Appuhn, an das höchste Tribunal appellirte, weil ihm von dem Hofgerichte zu Stade die Jurisdiction über die Ehefrau des dort wohnenden pensionirten Majors Appuhn aberkannt war; so ward auch diese Appellation am 30. September 1802 folgendermaßen zurückgewiesen: — „Da in dem vorliegenden Falle, welcher lediglich eine gegen die Majorin Appuhn gerichtete persönliche Klage betrifft, nicht das forum contractus, rei sitae, hereditatis und Privilegii, vielmehr einzig und allein das forum ordinarium begründet ist; die Majorin Appuhn aber, nach der deutlichen Vorschrift Unseres Militair-Justiz-Reglements, in personalibus ordentlicherweise nur bey Unserer Kriegs-Gerichts-Commission belanget werden konnte, hiervon auch so wenig der hier anzutreffende Inhalt der Privilegien der Stadt Stade, als die vorgeschützte Observanz, vermöge welcher die in Stade wohnenden pensionirten Officiere der Gerichtsbarkeit des dortigen Magistrats unterworfen seyn sollen, eine Ausnahme zu begründen vermögen, indem nicht allein die Imploranten selbst, durch die Erlassung und den Inhalt der an Unsere Kriegs-Gerichts-Commission gerichteten Hülfsschreiben, das forum ordinarium des letztgedachten Collegii in dieser Sache anerkannt haben, sondern auch mehrere allhier bereits ergangene rechtskräftige Erkenntnisse jener vorgeschützten Observanz gradesweges entgegen sind

dieselben also allerdings im Dienste des Landesherrn bleiben, obgleich dieser Dienst ad tempus suspendiret ist. Officiere, die ohne Beylegung einer Pension abgehen, treten dahingegen völlig aus dem landesherrlichen Dienste, und aus diesem Grunde verlieren sie, wenn sie ihren Wohnort in Stade aufschlagen, in Betracht der dortigen eminenten städtischen Vorrechte, das ihnen durch das Militair-Justiz-Reglement v. J. 1736 §. 3 zugesicherte privilegirte Forum, welches sie an andern Orten im Lande genießen würden. Auf die, von dem Hauptmanne Freiherrn von Bülow zu Stade, Imploranten, wider ein, in Betreff seines Gerichtsstandes von der dortigen Justiz-Canzley abgegebenes Decret, eingewandte Appellation, ertheilte daher das höchste Tribunal am 5. May 1802 zum Bescheide: — „Demnach Implorant, geständigermaßen, ohne Pension abgegangen ist, gleichwohl nur auf die in Pension stehende Officiere die Gerichtsbarkeit des Stadischen Magistrats sich nicht erstrecket, weil jene, so lange sie die Pension genießen, in Unseren Diensten verbleiben; als kann dem Suchen nicht deferirt werden."

§. 7.

Die dritte, §. 4 aufgeworfene Frage: Ob die Wittwen und Kinder solcher landesherrlichen Civil-Bedienten und Officiere, die nicht in Stade selbst angestellet oder garnisoniret wa-

sind; So findet das angebrachte Gesuch nicht Statt, und werden die Imploranten ernstlich auf den Inhalt der ihnen bekannten Erkenntnisse in ähnlichen Fällen, und besonders auf Unsere Bescheide vom 3. Febr. und 25. Mai 1768, in Sachen B. u. R. zu Stade, ad Acta von Klenck wider die Majorin Prott, geborne von Schilden, in pto. vindicationis bonorum feudalium, modo iurisdictionis, für die Zukunft verwiesen."

waren, die Fortdauer ihres befreieten Gerichtsstandes verlieren, wenn sie sich nach dieser Stadt begeben? beantwortet sich aus dem Obigen beynahe von selbst. Bewirken nämlich die Stadischen Privilegien, in Betracht des Gerichtsstandes der auswärts angestellet gewesenen abgegangenen Civil-Bedienten, und der, ohne Pension dimittirten Officiere anderer Garnisonen, eine Ausnahme von der Regel, so muß dieses um so mehr auch der Fall bey den Witwen und Kindern gedachter Personen seyn, die sich, nach dem Ableben ihrer dimittirten Ehemänner und Väter, die Stadt Stade zum Wohnorte wählen. Die Observanz bestätiget es, daß die nach Stade sich begebenden Witwen und Kinder der ausserhalb dieses Orts angestellet gewesenen landesherrlichen Civil-Diener und Officiere das ihnen sonst zustehende privilegirte Forum u) verlieren, und der Jurisdiction des Magistrats unterworfen werden. In Gemäßheit dieses, als völlig zweifelsfrei angenommenen Grundsatzes, ist auch von dem höchsten Tribunale, in Sachen Stade wider von Zeppelin am 31. März 1756; i. S. Stade wider das dortige Hofgericht, ad Acta Stuhr wider von Engel am 13. December 1768; i. S. Stade wider die dortige Regierung wegen Versiegelung des Nachlasses der Hofräthin von Schrader; und i. S. derselben Parteien, wegen Bevormundung der von der Landräthin von Weyhe nachgelassenen Kindeskinder, am 15. September 1795, rechtskräftig erkannt.

§. 8.

In der Stadt Stade existiret der ungewöhnliche, von Seiten des Magistrats mehrfältig anerkannte, Gebrauch, daß, so

u) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 83. Militair-Justiz-Reglement Cap. 2. §. 4. Practische Erörter. B. 1. Erört. 28. Seite 148.

so lange eine dort in landesherrlichen Diensten stehende Person ein bürgerpflichtiges Haus, entweder eigenthümlich oder miethsweise, bewohnet, dasselbe von des Magistrats Jurisdiction eximiret wird, welche Exemtion jedoch dann sofort wieder aufhöret, wenn die befreiete Person das Haus verkaufet, vermiethet oder verläßt. Dieses besondere Verhältniß veranlasset endlich die §. 4 dahin aufgeworfene vierte Frage: Ob es, in Betracht des Gerichtsstandes der, Inhalts der vorstehenden §§, unter des Magistrats Jurisdiction stehenden Personen, einen Unterschied machen könne, wenn diese miethsweise, oder durch eine andere Veranlassung, mit in solchen Häusern wohnen, die, vermöge des erwähnten Gebrauchs, durch ihre Eigenthümer oder Bewohner, temporair exemt sind? Für die verneinende Beantwortung dieser Frage finden sich überzeugende Gründe. Die in Stade den von landesherrlichen Bedienten bewohnten Häusern zu Theil werdende temporaire Exemtion von der städtischen Jurisdiction ist keine eigentliche Exemtio realis, sondern augenfällig blos eine herkömmliche Folge der persönlichen Exemtion der zeitigen Bewohner; eine, auch auf die Wohnung ausgedehnte, Begünstigung der in landesherrlichen Diensten stehenden Personen und ihrer Familien, welche daher schlechterdings nicht auf unfreie, zu der Familie der Exemten nicht zu rechnende, Inquilinen x) erstrecket werden kann y). Schon im Jahre 1680 suchte der Magistrat, wegen dieses Gegenstandes, zu Stockholm um eine Declaration des Fundamental-Recesses dahin nach: daß die nicht in wirklichen Königl. Diensten stehende Personen, wenn sie nicht zu jenen Familien gehörten, ohne Unterschied, ob sie bey Exemten, oder nicht, zu Tische giengen, für der Stadt Jurisdiction unterworfen ausdrücklich erkläret werden mög-

x) Wernher T. I. P. I. Obſerv. 186. a Pufendorf de Jurisdict. German. P. 2. Sect. 2. Cap. 1. §. 26 et 27.

y) Herzogth. Brem. u. Verd. Samml. 6. S. 373. Not. l.

mögten. Von dem Könige Carl d. XI. erfolgte hierauf die §. 2 angezogene Resolution vom 10. Februar 1680, deren Inhalt, über die Absicht der strengen Einschränkung der befreieten Gerichtsbarkeit, auf die wirklichen Königlichen Diener, und die zu deren Familien gehörenden Personen, schlechterdings keinen Zweifel übrig läßt. Völlig sachgemessen erkannte daher bereits 1707 das Tribunal zu Wismar durch ein, auf Appellation des Magistrats zu Stade an die dortige Regierung erlassenes, Abänderungs-Rescript: daß der in dem Hause des damaligen Botenmeisters, als eines Exemten, wohnende Advocatus extraordin. Kretschmar demunerachtet der Jurisdiction des Magistrats unterworfen sey z). Denselben Grundsatz nahm endlich auch das O.A.Gericht, i. S. Bürg. und Rath zu Stade wider den Anwald der dortigen Justiz-Canzley, jetzt Regierung, wegen Versiegelung des Nachlasses der Hofräthin von Schrader, an, und entschied, durch die Sentenz vom 15. Septemb. 1795 folgendermaßen:

„Nachdem die Witwen der in andern Provinzen Unserer „deutschen Landen angesetzt gewesenen höheren Bedienten, in „Gemäßheit des 1652 mit der Krone Schweden geschlosse„nen Fundamental-Recesses, und des bisherigen Herkommens, „wenn sie sich in Stade häuslich niederlassen, und wohnen, des

z) Auch die Regierung zu Stade legte, in dem am 19. Julius 1754, wegen des unsinnig gewordenen, bey einem Exemten wohnhaften, Kaiserl. Lieutenants von Horn, an den Magistrat erlassenen Rescripte, dasselbe Principium zum Grunde. Die Worte dieses Rescrips sind folgende: Als der hieselbst sich aufhaltende Lieutenant v. H. in eine Unsinnigkeit gerathen, und denn hiesiger Stadt die Jurisdiction über die in exemten Häusern befindliche Fremde zustehet, so werdet ihr über denselben gehörige Aufsicht haben, und ihn mit einem Curatore versehen."

„des implorantischen Stadtraths Gerichtsbarkeit sich allerdings
„unterwerfen, von selbiger auch dadurch, daß sie ein, Canzlei-
„sässigen Personen zuständiges, Haus miethsweise inne haben,
„nicht eximiret werden; daß daher imploratische Justiz-Canzlei
„sich der Versiegelung des Nachlasses weiland Hofraths von
„Schrader Witwe anzumaßen nicht befugt gewesen, und der-
„gleichen in Zukunft Bürgermeister und Rath zu überlassen hat."

LXXVI. Erörterung.

Bey der Theilung der im Altenlande üblichen Güter-
gemeinschaft unter Eheleuten müssen die unabgefun-
denen Kinder dasjenige conferiren, was sich an Aus-
steuer u. s. w. erhalten haben.

I.

Unter den Eheleuten im Altenlande findet, der Regel nach, eine allgemeine Gütergemeinschaft, sowohl in Rücksicht auf die beiderseitigen Schulden, als auf die Erbfolge, in dem Maaße Statt, daß, wenn einer der Eheleute verstirbt, der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit den vorhandenen Kindern fortsetzet, auf den Fall aber, da er zur zweiten Ehe schreitet, verbunden ist, von der, zur Zeit des Todes des verstorbenen Ehegenossen vorhanden gewesenen Gütermasse, den Kindern die

Hälfte herauszugeben a). Nicht selten werden hierdurch Rechtsstreitigkeiten über die Fragen veranlasset:

a) Ob, bey der Theilung des Gemeinenguts, die nicht bereits völlig abgefundenen Kinder dasjenige sich anrechnen zu lassen schuldig sind, was sie noch bey Lebzeiten des verstorbenen Ehegatten, oder, mit andern Worten, während der Ehe ihrer Eltern, von diesen gemeinschaftlich an Aussteuer und Brautschatze erhalten haben? und

b) Ob der überlebende Ehegatte verbunden ist, den Kindern ein eidlich zu bestärkendes Verzeichniß des zur Theilung kommenden Gemeinenguts herauszugeben?

2.

Die Beantwortung der erstern Frage ist sehr zweifelhaft. Die Grundsätze des Römischen Rechts von der Collation bey Erbschaften b) können dabey nicht zur Anwendung kommen, weil die deutsche Gütergemeinschaft unter den Eheleuten ein den Römern ganz unbekannter Gegenstand ist, der, seiner eigentlichen Beschaffenheit nach, aus einem ganz andern Gesichtspuncte, als die Erbschaftslehre, beurtheilet werden muß. In dem Landrechte des Altenlandes, und in mehreren andern ähnlichen Statuten, welche von der Ehelichen Gütergemeinschaft handeln, ist die Frage von der Collation desjenigen, was unabge-

a) S. das vom Bischof Christoph i. J. 1517 dem Altenlande gegebene Landrecht; a Pufendorf Tom. 4. Observat. Append. pag. 40, und dasjenige, was letztgedachter Schriftsteller Tom. 4. Observ. 18. pag. 47 seq. von dem vor dem Tribunale zu Wismar geführten Beweise der Observanz des Landrechts in diesem Stücke dargeleget hat.

b) L. 7. Dig. L. 17 et 19. Cod. de Collat. Bonor.

gefundene Kinder an Aussteuer u. s. w. erhalten haben, nicht ausdrücklich berühret. Der Gegenstand kann daher nur nach allgemeinen Rechts- und Billigkeitsgrundsätzen entschieden werden, und unstreitig liegt hierin, und in der großen Verschiedenheit der Gesichtspuncte, aus welchen dergleichen Entscheidungsgründe angesehen werden können, die Ursache, weshalb die juristischen Schriftsteller in ihren Meinungen über die Collationsverbindlichkeit der Kinder so sehr von einander abweichen. Mehrere Schriftsteller verneinen die Nothwendigkeit der in Frage seyenden Collation c), und haben in diesem Stücke gewiß sehr anscheinende Gründe auf ihrer Seite. Collationen finden nur unter Miterben Statt, und zwar zu dem Ende, damit nicht einer derselben, zum Nachtheile der andern, mehr erhält, als ihm zu seinem Erbtheile gebühret. Sämmtliche Germanisten kommen aber darin überein, daß die Kinder ihren Theil ex divisione statutaria, nicht jure hereditatis, sondern jure communionis erhalten; daß nach dem Tode des einen Ehegatten die Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern fortgesetzet wird; und daß die Kinder, in Rücksicht auf die Gemeinschaft der Güter, bey einer demnächst zuzulegenden Theilung, völlig in die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten d). Hieraus scheinet zu folgen, daß die Kinder berechtiget sind, alles das, ohne Abzug, zu erhalten, was der verstor-

 bene

c) Cothmann Vol. 4. Conf. 48. Nro. 70. Vinnius de Collat. Cap. 5. Stein im Lübischen Rechte. Henr. Brockes de bonor. conjug. inter Hamburg. commun. §. 49. Lange von der Gemeinschaft der Güter. Bayreuth 1766. Seite 255. Scherer verworrene Lehre der ehelichen Güter-Gemeinschaft, systematisch bearbeitet. Th. 1. §. 157. Seite 399. Manheim 1799.

d) Cothmann Vol. 1. Conf. 5. Nro. 14. Mevius ad Jus Lubec. P. 2. Tit. 2. Art. 2. Nro. 32. Weyer de Commun.

bene Ehegatte, wenn derselbe noch lebte, und es zur Theilung käme, bekommen würde, und daß es auf dasjenige, was bereits längst aus dem Gemeinengute, mit Einwilligung beider Eltern, herausgegangen ist, in Hinsicht auf die Theilungsberechnung mit dem überlebenden Ehegatten, nicht weiter ankommen kann. Diesem tritt hinzu, daß, vermöge eines allgemein angenommenen, und durch mehrere Präjudicien des Tribunals zu Wismar und des hiesigen K. O.A.Gerichts bestätigten Grundsatzes, bey einer zweiten Verheirathung des überlebenden Ehegatten, das Gemeinegut, mit den Kinderu, in dem Stande zu theilen ist, worin sich solches zur Zeit der zweiten Heirath befindet e), bey welcher Theilungsart gleichfalls die den Kindern gegebene, und längst schon im Gemeinengute nicht mehr begriffene, Aussteuer nicht wohl weiter in Anrechnung kommen dürfte. So vielen Anschein diese Gründe haben; so behaupten doch, auf der andern Seite, sehr gründliche Schriftsteller die Nothwendigkeit der Collation desjenigen, was die Kinder empfangen haben f). Zu leugnen ist es freilich nicht, daß der Collation die Billigkeit in der Hinsicht das Wort redet, weil die Kinder, wenn sie die empfangene Aussteuer nicht conferiren, von dem Gemeinengute offenbar mehr erhalten, als der überlebende Ehegatte, mit dem sie, wäre keine vorgängige Aussteuer erfolget, nur zu völlig glei-chen

mun. bonor. P. 2. Th. 5. §. 2. a Selchow Elem. Jur. Germ. §. 474. Runde deutsches Privatrecht, §. 608.

e) a Pufendorf Tom. 1. Obferv. 36. §. 20, et Tom. 4. Obf. 18. Mevius ad Jus Lubec. P. 2. Tit. 2. Artic. 2. Nro. 84.

f) Mevius l. c. Nro. 95 feq. et Artic. 28. Nro. 90. Carpzov Jurispr. forenf. P. 3. C. 11. Defin. 27 et 28. Weyer de Commun. bonor. P. 2. Th. 11. §. 6. Brockes felect. Obfervat. for. Obf. 578. Bunekau de feparat. liberor. §. 2. 3.

chen Theilen gegangen seyn würden. Aus diesem Grunde, und in Rücksicht auf ein, am 16. April 1739 in Sachen Marx wider Marx wegen der zu Harburg üblichen statutarischen Erbfolge unter Eheleuten, abgegebenes Erkenntniß g), fand sich das K. O.A.Gericht bewogen, noch ganz neuerlich, in Sachen Stemmer wider Stemmer, auf die Nothwendigkeit der von den Kindern empfangenen Aussteuer zu erkennen.

F.

Die zweite oben berührte Frage: Ob nämlich der überlebende Ehegatte verbunden sey, den Kindern ein eidlich zu bestärkendes Verzeichniß des zur Theilung kommenden Gemeinenguts herauszugeben? wird gleichfalls von den Rechtslehrern sehr verschieden beantwortet. Einige halten den überlebenden Ehegatten dazu verpflichtet h), andere sprechen denselben von der Herausgabe eines eidlich zu bestärkenden Verzeichnisses frei i). Die letztere Meinung, für welche unstreitig das Gemeinerecht k), die

g) a Pufendorf Tom. 4. Obſervat. 162. §. 10.

h) Bunekau de ſeparat. liber. Böhmer in Conſult. et Deciſ. Tom. 2. Reſp. 860. Mevius de jurata ſpecific. C. 4. §. 19. Mevius P. 6. Deciſ. 59. Mevius ad Jus Lubec. P. 2. T. 2. Artic. 2. Nro. 35, et Artic. 21. Nro. 11. Carpzov Jurispr. for. P. 3. C. 20. Defin. 9 et 45. Finckelthaus Obſ. 76. Nro. 20.

i) G. L. Böhmer de Commun. bonor. univerſ. §. 26. a Pufendorf T. 1. Obſ. 86. §. 7 et 8. a Selchow Elem. Jur. Germ. §. 475. Runde deutſches Privatrecht, §. 608.

k) L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liber. L. 8. §. fin. Cod. de ſecund. Nupt.

die den Eltern zur Seite stehende Vermuthung, und die Achtung redet, welche die Kinder ihren Eltern schuldig sind, ward von dem höchsten Tribunale, bey Entscheidung der vorhin erwähnten Rechtssache, angenommen.

4.

Das, die Entscheidung beider Fragen enthaltende, am 6. November 1800, in Sachen Stemmer wider Stemmer, wegen Gütertheilung abgegebene, Erkenntniß des K. O.A.Gerichts ist folgendermaßen abgefasset: Da, ad Gravamen I, bey Theilung des Gemeinenguts, alles dasjenige, was bis dahin einer der Miteigenthümer einseitig benutzet hat, in die gemeine Masse eingeworfen werden muß, mithin auch die Kinder allerdings verpflichtet sind, die bey ihrer Verheirathung erhaltene Mitgabe und Aussteuer zur Theilung zu bringen; — Ferner ad Grav. III, die dem Vater schuldige Ehrfurcht, nach deutlichen Gesetzen, die Kinder verhindert, eine eidliche Bestärkung des Verzeichnisses der Güter zu fordern; — So findet das Gesuch nicht Statt.

LXXVII. Erörterung.

Der Beneficialerbe verlieret dadurch, daß der Notar bey Errichtung des Güterverzeichnisses keine Zeugen gebraucht hat, die Rechtswohlthat des inventarii nicht.

Wenn ein Erbe von der Hinlänglichkeit der Erbschaft, zur Tilgung der Erbschulden, nicht völlig überzeugt ist, so kann er sich bekanntlich durch die Rechtswohlthat des Inventarium gegen allen Nachtheil vollkommen sichern l). Die unterlassene m) Erklärung desselben, von Annehmung der Erbschaft, sich dieser Rechtswohlthat bedienen zu wollen, hat so wenig den Verlust derselben zur Folge, als die unterbliebene Obsignation n). Rath-

l) Auch dann, wenn der Erbe glaubt, daß er so sehr mit Vermächtnissen onerirt, oder die fideicommissarische Erbschaft so beschaffen sey, daß der Fall, die quarta Falcidia oder Trebell. von derselben abzuziehen, eintreten möchte, muß er, bey Verlust dieser Vortheile, ein Inventarium errichten. Nov. 1. cap. 2. §. 2. a Pufendorf Tom. 1. obs. 147, u. Tom. 2. obs. 101. Rumpf de jure deliberandi et beneficio inventarii, §. 29.

m) Struben rechtl. Bedenken, Th. 5. B. 2. Fratr. Becmannorum Consil. et Responsa, Tom. 2. pag. 489.

n) Struben a. a. O. Bedenk. 7. Müller observat. pract. ad Leyseri medit. obs. 561.

Rathsam ist es indeß, gleich bey der Annahme einer angefallnen Erbschaft zu declariren, daß man dieselbe nur cum beneficio inventarii antreten wolle o). Eine solche Erklärung kann sowohl bey dem Richter, als vor einem Notar abgegeben werden.

Das wesentlichste Erforderniß der Rechtswohlthat des Inventarium beruhet in dem, unter öffentlicher Autorität verfertigten, Verzeichnisse über die ganze Verlassenschaft. Wird die Inventur von dem ordentlichen Richter selbst vorgenommen, so bedarf es der Förmlichkeiten nicht, welche im römischen Rechte vorgeschrieben sind. Soll hingegen dieselbe von einem Notar verrichtet werden; alsdann würden eigentlich alle diejenigen Erfordernisse beobachtet werden müssen, welche das römische Recht zur Errichtung eines legalen Inventarium bestimmt hat, da die römischen Gesetze hierunter nirgends in den hiesigen Landen aufgehoben sind. Indeß werden doch heutzutage, und auch besonders nach dem bey uns kundbar eingeführten Gerichtsgebrauche, diese Vorschriften nicht so genau und strenge beobachtet p). Kleine Mängel und Versehen machen das Inventarium nicht ungültig, z. B. wenn es der Erbe nicht mit unterschrieben hat, wenn es in 30 Tagen nicht angefangen ist, wenn die Gläubiger oder Legatarien nicht dazu vorgeladen sind q) u. s. w. Daß man aber auch die Zuziehung der Tabellionum, oder der in ihre Stelle getretenen Notarien, dabey aus der Acht lassen dürfte, hat unseres Wissens noch Niemand behauptet. Gebrauchen die Erben

o) von Trützschler Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, Th. 2. S. 685.

p) Nettelbladt System. element. §. 1272.

q) Carpzov Part. 3. const. 33. def. 9. Lauterbach de inventar. hered. §. 15. Stryck in usu moderno ad tit. pandect. de jure deliberandi §. 7. Wernher Lectiss. comm. eod. Tit. §. 6.

Erben zur Inventur weder den Richter, noch einen Notar, so ist die wesentlichste, von Justinian vorgeschriebene, Förmlichkeit nicht befolgt; es fällt mithin die Würkung der Rechtswohlthat des Inventarium hinweg, und der Erbe kann auf die Vortheile eines Beneficialerben keinen Anspruch machen. Vergebens würde er sich auch in einem solchen Falle zur eidlichen Bestärkung eines aufgenommnen Privatgüterverzeichnisses erbieten, da die Specificatio jurata bey uns die Stelle eines legalen Inventarium nicht vertritt r).

Nach den Vorschriften des römischen Rechts ist indeß das von einem Notar, ohne Zeugen, errichtete Güterverzeichniß für kein legales zu achten. Einige Schriftsteller s) behaupten zwar, daß es hinlänglich sey, wenn dasselbe von einem öffentlichen Notar geschrieben, oder unterschrieben und besiegelt worden, und daß es irrig wäre, wenn man dazu mehrere Notarien, oder die Zuziehung zweier Zeugen, nothwendig halten wolle. Aber die letztere Meinung ist doch wohl die richtigere. Die römischen Gesetze erfordern nicht blos die Gegenwart eines, sondern mehrer Tabulariorum t), und sie verordnen ganz bestimmt, daß in Abwesenheit der Gläubiger und Legatarien bey der Inventur demselben allein nicht geglaubt, vielmehr wenigstens drei rechtschaffne und bemittelte Männer, als Zeugen, dabey zugezogen werden sollen u). Das teutsche Recht stimmt damit

r) a Pufendorf Tom. 2 obs. 101. Titius jus privat. Lib. 7. cap. 12. §. 17.

s) Rumpf l. c. §. 17.

t) sub praesentia Tabulariorum heißt es in der L. 22. §. 2. C. de jure deliberandi.

u) Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos et possidentes substantiam, et optimae opinionis

damit völlig überein; denn nach der Notariatsordnung x) verdienen die Instrumente der Notarien nur dann vollkommnen Glauben, wenn zu der Handlung zwei unverdächtige Zeugen, welche die Urkunde mit zu unterzeichnen und zu besiegeln pflegen, zugezogen sind y). Ohne Zweifel ist daher das von einem Notar, ohne Zeugen, verfertigte Güterverzeichniß kein förmliches, nach Vorschrift der Gesetze eingerichtetes, Inventarium. Inzwischen hat doch dieser Mangel den Verlust der Rechtswohlthat selbst nicht zur Folge. Ein Erbe, ohne dessen Schuld kein förmliches Inventarium errichtet ist, kann eben so gut auf die Vorrechte eines Beneficialerben Anspruch machen, als derjenige, welcher durch einen Zufall an der Verfertigung desselben überhaupt gehindert wird z). Völlig glaubwürdig ist indeß ein solches unförmliches Inventarium niemals, und es hat keineswegs die allgemeine Vermuthung zur Seite, daß alles darin richtig sey aufgezeichnet worden. Der Beneficialerbe ist daher verbunden, auf Verlangen der Gläubiger oder Legatarien, durch den Manifestations- und Editionseid dasjenige zu ergänzen, was durch die unterbliebene Zuziehung zweier Zeugen der Glaubwürdigkeit desselben entzogen ist, und er darf sich, wie es bey einem gesetzmäßigen oder legalen Inventarium geschehen kann, zur Gewissensvertretung auf ein solches mangelhaftes, keinen völligen Glauben habendes, Güterverzeichniß nicht berufen. Nach diesen Grundsätzen hat der Calenberg. Senat des Tri-

nis existentes, non minus tres: tabulariis enim solis, quorum ad hoc competit, non credimus. Nov. 1. cap. 2. §. 1.

x) §. 3 u. 6.

y) von Trützschler a. a. O. Th. 1. S. 154. Pract. Erörter. B. 1. Num. 65. von Bülow über die Verfassung des Zelleschen Tribunals. Th. 1. §. 129. Seite 306.

z) Struben rechtl. Bedenk. Th. 3. B. 86. Malblanc doctrina de jurejurando, §. 48.

Tribunals am 23. Apr. 1801 geurtheilt, in Sachen Wätge und Conf. w. Meyer, pto. obligat. ex aditione hereditatis.

LXXVIII. Erörterung.

Von den Rechten und Verbindlichkeiten der Spediteure und den Speditionsgeschäften.

Unter die verschiedenen Anstalten, welche zum Nutzen und Vortheil der Handlung gereichen, gehören auch die Speditionsgeschäfte, wodurch Waaren und Güter, zu Wasser oder zu Lande, durch Schiffer und Fuhrleute, von einem Orte zum andern verschickt werden. Diejenigen, welche dergleichen Handlungsgeschäfte treiben, nennt man bekanntlich Spediteure, Factoren a). Ein Spediteur erhandelt oder verhandelt aber die Waaren nicht selbst, sondern er empfängt sie blos zu dem Zwecke, um sie an andere Handelsleute, oder an die Eigenthü-

 mer,

a) Hübners Handlungs-Lexikon, voce: Spediren. Ludovici Academie der Kaufleute, voce: Spediteur. Terminologie für die Handlung. Leipz. 1792. voce: Spediren. Ehrengott Meyer Frachtbuch für Kaufleute und Spediteurs, oder Unterricht, was der Kaufmann und Spediteur bey Absendung und Empfang der Waaren zu beobachten hat. Weimar 1801. 8.

mer, gegen den Genuß gewisser Vortheile, welche unter dem Namen von Provision, Speesen, Speditionsgebühren u.s.w. vorkommen, wieder zu versenden und abzuschicken. Die Natur und Beschaffenheit des Speditionshandels erfordert es nicht, daß derjenige, welcher ihn ausüben will, Mitglied einer Kaufmannsinnung seyn muß b); wenn gleich jeder Spediteur, der dieses Geschäft als Gewerbe treiben will, Handelskenntnisse, Bekanntschaft mit den Handelsgebräuchen und überhaupt eine Fertigkeit, seine Geschäfte kaufmännisch zu führen, durchaus nöthig hat. In verschiedenen ansehnlichen Factorey- und Speditionsstädten sind gewisse Personen zum Alleinspeditionshandel c) berechtigt; an den meisten Orten kann aber ein jeder dies Handlungsgewerbe treiben, der ein Mitglied der Kaufmannsinnung ist.

Vermöge der natürlichen Freiheit ist ein jeder befugt, die Absendung seiner zu verschickenden Waaren und Güter selbst zu besorgen, die Frachten auszumachen und zu bedingen. Bey einem nicht sehr entfernten Abstande der Wohnorte des Kaufers und Verkäufers würde eine unmittelbare Ab- und Zusendung derselben leicht möglich zu machen, aber, wenn beide durch einen großen Zwischenraum getrennt werden, solche immer mit man-

b) Danz Handb. des teutschen Privatrechts, §. 457.

c) z. B. in Braunschweig und Lüneburg. Fredersdorf Promtuar. der Braunschweig.-Wolfenb. Landesverordn. Th. 1. S. 462, u. Th. 5. S. 80. Münter Frachtfahrerrecht, Th. 1. S. 83. Zur Verhütung der Schleichspedition, der Ein- und Ausfuhr verbotener Waaren, der Zolldefrauden u.s.w. müssen an verschiedenen Orten die Spediteure einen besondern Factoreneid leisten. — Einen lesenswerthen Aufsatz, von dem Speditionswesen in Lüneburg, findet man in Sinapius kaufmänn. Heften, St. 4. S. 357.

mancherley Schwierigkeiten verknüpft seyn. Diese Unbequemlichkeit hat wohl zunächst die Anstalt des Factorey- und Speditionswesens herbeygeführt d). Wenn daher Jemand Güter und Waaren an entferntere Käufer oder Empfänger zu versenden hat; so giebt er einem Spediteur den Auftrag, den Transport derselben an den bestimmten Ort zu besorgen.

Ein jeder Factor muß nun zuerst darauf achten, daß die Güter gehörig mit Marken versehen und ordentlich verpackt sind; er hat ferner den Frachtcontract e) mit dem Fuhrmanne zu schließen, und den nächsten Spediteur, an welchen er sie zur weitern Besorgung adressiren will, in Zeiten von der Ankunft derselben, durch einen Advisbrief, zu benachrichtigen f). Wird der Transport durch verschiedene Spediteure besorgt, so pflegt der letzte derselben die im Frachtbriefe bedungenen und bestimmten Frachtgelder, ingleichen die Speditionsgebühren von dem Käufer oder Committenten der Waaren einzucassiren, und sich mit den andern Factoren, welche die Verladung und Versendung an den verschiedenen Speditionsplätzen besorgt haben, zu berechnen g). Der

d) Büsch Darstellung der Handlung, Th. 1. S. 257 ff. Münter a. a. O. S. 85.

e) Von den wechselseitigen Rechten und Verbindlichkeiten, welche aus dem Fuhr- und Frachtcontracte, zwischen dem Fuhrmanne, Absender und Empfänger entstehen, s. m. Münter a. a. O. S. 94 ff.

f) Fischers Lehrb. sämmtl. Cameral- u. Policeyrechte, B. 3. §. 340. — Von den Hauptpflichten eines Factors s. m. Terminologie für die Handlung, voce: Spediteur. Meyer a. a. O.

g) Von den Vorsichten, welche man bey der Wahl des Spediteurs zu beobachten hat, handelt Büsch in den Zusätzen zur Darstellung der Handlung, B. 2. S. 40 ff. u. B. 3. S. 66 ff.

Der Absendungsvertrag, welchen der Käufer oder Verkäufer mit dem Spediteur schließt, gehört unstreitig in die Klasse der Mandatscontracte. Giebt der erste Spediteur dem zweiten, dieser dem dritten u. s. f. den Auftrag, für den weitern Transport der Waare an den Ort ihrer Bestimmung zu sorgen; so hat ein solcher, unter den Factoren selbst eingegangener, Vertrag gleichfalls die Natur des Vollmachtscontractes. Nur in dem Falle würde der Spediteur als negotiorum gestor zu betrachten seyn, wenn er z. B. von Fuhrleuten, die nicht an ihn adressirt sind, Güter aufnimmt, und den fernern Transport derselben, aus eignem Antriebe, ohne Auftrag des Absenders, besorgt h). Der Vollmachtscontract wird zwar in der Regel umsonst übernommen, wenigstens hat der Mandatarius kein vollkommnes Recht, etwas für seine Bemühung zu fordern. Indeß bleibt doch das Geschäft in dem Falle immer nach den Grundsätzen des Mandatscontracts zu beurtheilen, wenn der Mandatar ein Mann ist, der mit solchen Commissionen seinen Unterhalt

h) Ist die Fracht gut und richtig geliefert, so kann der Factor, welcher die Waare ohne Auftrag spedirt hat, act. negotiorum gestor. contraria wider den Empfänger klagen. Ist sie hingegen, ohne Schuld der Fuhrleute, beschädigt abgeliefert, und der Empfänger hat zu seiner Indemnisation die Frachtgelder inne behalten, so kann derselbe wider den ersten Absender act. mandati nicht klagen; weil er mit demselben in keinem Mandatsverhältnisse stand. Auch die Act. ex lege Aquilia findet keine Statt, wenn ihm solche von dem Empfänger nicht cedirt ist; da solche nur dem Eigenthümer der beschädigten Sache competirt. L. 11. §. 6. D. ad leg. Aquil. Nur die actio in factum praetoria würde wider den ersten Spediteur, wenn ein factum culposum desselben zu erweisen wäre, Statt finden können. Nach diesen Grundsätzen ist auch in S. des Factor Gassitius w. Rörup u. Reinecke, pto. indemnisationis, gesprochen.

halt sucht i), wie man dies bey einem Spediteur annehmen muß. Mag man aber den Factor als mandatarium, oder negotiorum gestorem, oder als locatorem operarum betrachten, so ist er zwar niemals für wahre Unglücksfälle k), aber für jeden von ihm, oder seinen Dienern und Commis, bey der Empfangnahme, Aufbewahrung und Weitersendung der Waaren aus Vorsatz, Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit, veranlaßten Schaden einzustehen verbunden. Der Grund, warum ein Spediteur, welcher die Speditionshandlung als einen Nahrungszweig, für Geld, ausübt und führt, für jeden, auch aus dem kleinsten ihm oder den Seinigen beyzumessenden Versehen, entstandenen Nachtheil und Schaden verantwortlich wird, beruhet darauf, daß er ein Geschäfft übernimmt, welches seiner Natur nach eine vorzügliche Sorgfalt und besondere Sachkenntniß erfordert. l)

Die Hauptverbindlichkeit eines jeden Spediteurs, der von der Factorey Profession macht, bestehet darin, daß er die Kaufmanns- oder sonstigen Güter, dem Frachtbriefe gemäs, an den Ort ihrer Bestimmung befördern muß. Hat er durch Nachlässigkeit und Unvorsichtigkeit, oder durch ein Versehen bey der Ablieferung m) und Verladung, oder auf andere Weise veranlaßt,

i) Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 173. S. 449.

k) Hiernach ist auch vom höchsten Tribunale am 17. Sept. 1791 in S. Karrer w. das Reinecke- und Rörupsche Speditions-Comtoir, pto. einer Kiste mit Dammast, gesprochen. M. s. übrigens Glück im Commentar §. 325 ff. Westphal teutsch. Privatr. Th. 1. S. 147.

l) Glück a. a. O. §. 324. Münter a. a. O. S. 78.

m) Hat der Spediteur, ohne genaue Nachsicht, von dem Fuhrmanne die Waaren angenommen, und ihn abgelohnt; sie werden aber nachgehends defect oder beschädiget gefunden; so muß der

anlaßt, daß die Waare verloren gehet, z. B. beym Zolle angehalten und für verfallen erklärt wird, oder sie leidet Schaden, wird nicht zu rechter Zeit geliefert u. s. f., so ist er dem Eigenthümer derselben, wenn dieser die Fahrlässigkeit erweisen und der Spediteur nicht zeigen kann, daß die Güter durch einen bloßen Unglücksfall verloren oder beschädigt sind, zum Schadensersatz verpflichtet n). Sind die Güter durch die Hände mehrerer Spediteure gegangen, so findet die Indemnisations-Klage nur immer wider denjenigen Statt, durch dessen Versehen oder Fahrlässigkeit der Schaden entstanden ist o). Für den dolosen oder culposen, von dem Fuhrmanne veranlaßten, Schaden haftet indeß der Factor in der Regel nicht; vielmehr muß sich der Empfänger, wenn der Frachtfahrer die Ladung defect, verdorben, verfehrt, oder nicht zu rechter Zeit abliefert, und solches erwiesen werden kann, an den Frachtlohn, und wenn dieser nicht zureicht, an das Geschirr des Fuhrmanns halten p). Ist beides nicht hinlänglich, so kann der Empfänger nur

der Factor die mangelhafte Ablieferung des Fuhrmanns erweisen, wenn er sich an ihm regressiren will; weil die Vermuthung wider den Spediteur streitet. Münter a. a. O. S. 101 f. Das Gegentheil vertheidigt Westphal im teutsch. Privatr. S. 150 ff.

n) Glück im Commentar, Th. 4. §. 324. c. S. 355 ff.

o) Westphal a. a. O. Abhandl. 14. S. 147.

p) Klaproth Rechtswissenschaft, Th. 2. §. 292. Münter a. a. O. Th. 1. S. 118, u. Th. 2. S. 117. — Hat der Spediteur das Geschirr des Fuhrmanns mit Arrest bestrickt, den Frachtlohn inne behalten, oder gerichtlich deponirt, er kann aber nachmals dolum oder culpam des Fuhrmannes nicht erweisen; so ist er verbunden, demselben den, ungerechterweise zurückbehaltenen, Frachtlohn mit Verzugszinsen, eine Entschädigung wegen des Arrestes und alle Proceßkosten zu erstatten. Mevius de arrestis c. 23. n. 10. Voet in commentar. ad pandect. Lib.

nur dann den letzten Spediteur in Anspruch nehmen, wenn dieser erweislich z. B. einem ungeschickten, unvermögenden Fuhrmanne, der erbärmliches Geschirr oder elende Pferde hatte, unvorsichtig die Ladung anvertrauet, oder sonst eine Fahrlässigkeit dabey begangen hat q). Es leidet auch keinen Zweifel, daß der von dem Empfänger zur Ersetzung des Schadens angehaltene Fuhrmann, wenn derselbe erweisen kann, die Ladung defect oder verletzt empfangen, und den Schaden auf seinem Geschirr nicht veranlaßt zu haben, sich an seinen Absender zu halten, und von ihm die Erstattung aller gehabten Schäden und Kosten zu fordern berechtigt ist. r)

Die Verhältnisse zwischen dem Spediteur und Empfänger der Waare, oder mehrerer Spediteure unter einander, woraus gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten entspringen, können übrigens sehr verschiedenartig seyn. In jedem besondern Falle muß daher die Entscheidung eines Speditionsstreites, den Thatumständen gemäs, aus dem Auftragscontracte, den Grundsätzen des gemeinen Rechts, des Handelsgebrauchs s) und aus der Natur des Geschäftes selbst hergenommen werden. Einige der erheblichsten Fälle verdienen hier ausgehoben zu werden.

I. Wenn der Käufer oder Committent dem Verkäufer den Spediteur anzeigt, welchem er die verlangten Waaren zur weitern

Lib. 9. tit. 9. §. 13. Das höchste Tribunal erkannte auch diesem gemäs am 17. Febr. 1791, in Sachen der Fuhrleute Bach und Weisheit w. das Reinecke- und Rörupsche Speditionscomtoir, pto. einer Kiste mit Dammast.

q) Münter a. a. O. S. 228 ff.

r) Derselbe Th. 1. S. 216, u. Th. 2. S. 74.

s) Büsch von Handelsüsancen, in Dessen Handlungsbibliothek B. 2.

tern Besorgung zusenden soll, so ist derselbe bloß als Agent oder Mandatar des Committenten zu betrachten. Wird nun etwas bey der Spedition versehen, von den Schiffern oder Fuhrleuten veruntreuet, beschädigt, oder bey versuchter Defraudation der Zölle confiscirt; so muß sich der Committent an seinen selbst gewählten Agenten halten, wenn der Absender der Waare keine solche Nachlässigkeit begangen hat, die ihn in die Verbindlichkeit setzt, den verursachten Schaden zu erstatten.

II. Wenn der Verkäufer den Spediteur ohne Anweisung des Committenten wählt, und ihm Auftrag giebt, die Waaren an den letztern zu befördern; alsdann ist der Spediteur lediglich ein Agent des Absenders. Versiehet derselbe etwas bey der Spedition, wodurch die Güter beschädiget werden, oder verlohren gehen, so fällt der Schaden auf den Absender zurück, und dieser muß sich wieder an den Spediteur, der sein Agent ist, halten.

III. Uebertrågt der erste Spediteur für sich einem zweiten ausdrücklich die Beförderung der Güter an den Eigenthümer, ohne Dazwischenkunft mehrerer Factoren, welches, wenn die Entfernung nicht gar zu groß ist, bey sogenannten Eilgütern, oder solchen Waaren, die wegen ihrer Zerbrechlichkeit nicht umgeladen werden dürfen, gewöhnlich geschiehet; alsdann ist der zweite Spediteur blos als Agent oder Mandatar des ersten zu betrachten t). Sind nun die Waaren durch die Fuhrleute des zweiten Spediteurs beschädigt, oder nicht zur bestimmten Zeit geliefert, und der Empfänger decourtirt, zu seiner Entschädigung, die Fracht oder einen Theil derselben; so ist der zweite Spediteur dennoch blos die von dem Empfänger wirklich erhobenen und Namens seines Mandanten eincassirten Frachtgelder, nach Ab-

t) Werden die Waaren auf einer Achse, d. i. ohne Umladung, versendet, so kann kein zweiter Spediteur in der Regel eintreten.

Abzug seiner eigenen Speesen, an den ersten zu bezahlen, und ihm, Behuf Wahrnehmung seines etwannigen Regresses, blos die Klage wider den Fuhrmann abzutreten verbunden. Der erste Spediteur kann daher von dem zweiten nicht anders die Bezahlung der vollen Frachtgelder fordern, als wenn er erweiset, daß sein Agent, bey der Empfangnahme oder Weitersendung der Güter, ein solches doloses oder culposes Versehn, oder eine solche Fahrlässigkeit in der Ausrichtung und Ausführung des übernommnen Mandatsgeschäftes begangen hat, wodurch der Empfänger berechtigt wurde, den Frachtabzug zu machen. Nach diesen Principien erkannte das Königl. Hofgericht zu Hannover am 8 Dec. 1800, in S. Hildebrand c. Ristenpart, pto. Forderung, und das Tribunal bestätigte diese Entscheidung.

IV. Von den bisherigen ganz verschiedene Verhältnisse treten aber alsdann ein, wenn weder die Käufer, noch Verkäufer, die Spediteure gewählt und namhaft gemacht, sondern es dem ersten Factor überlassen haben, die Fortschaffung der Güter durch mehrere Spediteure besorgen zu lassen. Dieses ist gewöhnlich bey einer großen Entfernung des Käufers oder Committenten der Fall, wo der erste Absender die Zwischenspediteure nicht kennt, und es oft weder weiß, noch wissen kann, durch wie viele Hände die Spedition der Güter besorgt werden wird. In einem solchen Falle stehen nun, der Natur der Sache gemäs, nur die Spediteure, welche unmittelbar vor oder auf einander folgen, in einem gegenseitigen Mandatsverhältnisse. Derjenige, welchem bisher die Versendung oblag, tritt sodann, in Absicht der fernern Direction des Transports der Güter, ganz ausser aller Verbindung, sobald dem folgenden Factor die Waaren richtig und gut geliefert, als solche von ihm anerkannt und zur weitern Versendung angenommen sind. Dieses pflegt der gewöhnliche Gang des Speditionswesens zu seyn, und jedem Factor liegt daher die Verbindlichkeit ob, dafür zu sorgen, daß die Ablieferung an seinen Nachfolger, dem Fracht-

briefe gemäs, ordentlich geschiehet. Die Frage: ob der erste Factor oder Absender, wenn der Transport der Güter durch mehrere Spediteure besorgt ist, von demjenigen in rechtlichen Anspruch genommen werden kann, welchem der Empfänger der beschädigten oder nicht zur rechten Zeit gelieferten Ladung den Frachtlohn, die Speditionsgebühren u. s. w. innebehalten hat? verdienet hier noch, weil sie nicht selten vorzukommen pflegt, kürzlich erwogen zu werden.

Vermöge der allgemeinen Fracht- und Handelsobservanz, die ihren Grund in der Natur der Sache selbst hat, hält sich der Empfänger einer defecten oder beschädigten Ladung an den Fuhrmann, der die Waaren bringt, oder an den letzten Spediteur derselben, und behält, zu seiner Indemnisation, die Fracht oder sonstigen Gelder, welche er von dem Spediteur in Händen hat, zurück. Ein jeder Factor hat daher, schon in diesem Betrachte, die äusserste Sorgfalt und Vorsicht anzuwenden, daß er keine mangelhaften oder beschädigten Güter annimmt, und weiter verladen und verschicken läßt. Kann nun der Fuhrmann erweisen, daß der Mangel oder die Beschädigung nicht durch ihn, oder auf seinem Geschirre entstanden ist; so pflegt der Factor, welchem der Abzug gemacht ist, oder dessen Gelder der Empfänger innebehalten hat, nicht selten den ersten Spediteur, Behuf seiner eigenen Entschädigung, wiederum in Anspruch zu nehmen. Hat dieser aber die Güter gar nicht an ihn adressirt, und folglich gar nicht mit ihm contrahirt, so fehlt es der angestellten Klage an einem rechtlichen Grunde, und sie muß zurückgewiesen werden, weil zwischen beiden Spediteuren gar kein Mandatsverhältniß obwaltet u). Der letzte Factor kann also nur denjenigen seiner Vorgänger mit der actione in factum praetoria auf Entschädigung in Anspruch nehmen, welcher

u) Siehe oben Note h).

welcher aus Vorsatz, Nachlässigkeit oder Unvorsicht den Schaden wirklich veranlaßt hat. Denn mit dieser Klage kann jeder, auch ausser einem Contracte oder besondern Verbrechen, widerrechtlich Verletzte, wenn des Gegners Schuld oder Nachlässigkeit zu erweisen stehet, zum Ersatz des ihm zugefügten Schadens gelangen. x)

V. Auf ansehnlichen Factorey- und Speditionsplätzen giebt es sogenannte Güterbestäter, die meistens von der Kaufmannschaft gewählt, und dann obrigkeitlich bestätigt und vereidet werden. Ihr Amt bestehet darin: nach dem Namen, Wohnorte, der Beschaffenheit und dem Vermögen der ankommenden Fuhrleute, welche Ladung suchen, sich genau zu erkundigen; den Frachtlohn mit zu bedingen; den Kaufleuten, welche Waaren zu versenden haben, von der Ankunft der Fuhrleute Nachricht zu geben, und letzteren in der Ordnung, wie sie angekommen sind, zur Ladung zu verhelfen; fremde sichere Fuhrleute zur Ankunft zu disponiren; dafür zu sorgen, daß die Güter auf der öffentlichen Waage gewogen; die Zoll-, Accise-, Licent- und andere Abgaben entrichtet, und den Fuhrleuten die Frachtbriefe gehörig zugestellt werden u. s. w. Ueber ihre Verrichtungen müssen sie ein eigenes Buch führen, und auch mit andern Bestätern correspondiren. Dergleichen Personen sind also eigentlich zur Erleichterung und Beförderung der Speditionsgeschäfte angestellt, und deßhalb muß ein jeder Spediteur, welcher sich ihres Beystandes bedient, auch für deren facta haften; weil der Bestäter nur im Auftrage jedes einzelnen Factors handelt. Hat daher der letztere die Wahl des Fuhrmanns dem Bestäter überlassen, dieser aber nicht den Grad des Fleißes und der Achtsamkeit bewiesen, welcher dem Spediteur selbst oblag, und es

x) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 46. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden, §. 1206 ff.

es entstehet für den Absender oder Eigenthümer der Waaren daraus ein Schaden: so muß der Spediteur haften, und er kann sich seiner Verbindlichkeit durch die Ausflucht nicht entziehen, daß er dem öffentlich angestellten Güterbestäter die Wahl des Fuhrmannes überlassen habe. Das höchste Tribunal erkannte daher am 31sten März 1803 in Sachen Maquinett w. Freitag, in pto. indemnisationis, auf folgende Weise: Da allerdings der Beklagte nach dem rechtlichen Wesen des hier unterliegenden Mandats- und Speditionsvertrages bey der Ausrichtung des übernommnen Geschäftes zu der Anwendung der diligentiae exactissimae und mithin ad praestationem culpae levissimae verbunden war; derselbe auch die, weder durch die zu M. bestehende Einrichtung, noch durch andre Verhältnisse im rechtlichen Sinne nothwendig gewesene, vielmehr lediglich in dessen freier Willkühr gestandene, Beauftragung des zu M. obrigkeitlich bestellten Güterbestäters zur Besorgung der Verladung der dem Kläger zugehörigen Waaren nur auf eigene Gefahr und in dem Maße vornehmen konnte, daß der Beklagte für alle etwannigen culposen Facta des Beauftragten, völlig so, wie für seine eigene, verantwortlich blieb, ohne daß die Art und Weise, auf welche die Uebertragung der Waarenverladung geschahe, oder die bey Ertheilung des Auftrages an den Güterbestäter von dem Beklagten gebrauchten Worte, auf die Verminderung dieser Verantwortlichkeit den geringsten Einfluß haben können; Da ferner die, von dem Beklagten selbst angeführte Art, mit welcher der Güterbestäter bey der Auswahl und Bestellung des treulosen Fuhrmannes verfuhr, besonders aber der Umstand, daß der Güterbestäter, ohne Erforderung eines glaubhaften Zeugnisses über den wahren Namen, den Wohnort und die Ansässigkeit, die zu spedirenden Waaren dem, allenfalls nur durch eine oder die andere vorhin zu M. erhaltene Befrachtung der Person nach, keinesweges aber der Sicherheit nach, genügend, ja nicht einst dem rechten Namen nach bekannten Fuhrmanne anvertrauete, eine solche, den Verlust der verlade-

ladenen Waaren bewirkt habende Fahrlässigkeit in sich schließet, welche den, nach dem Wesen des unterliegenden Geschäftes von dem Beklagten zu prästirenden, gradum culpae bey weitem übersteiget; Solchergestalt also die erhobene Klage vollkommen begründet ist, der dem Beklagten zur Darlegung des, bey der Ausrichtung des Speditionsgeschäftes, angewendeten vertragsmäßigen Fleißes vorbehaltene Beweis aber sich, in allen Rücksichten, als überflüssig darstellt: So ist übel gesprochen, und wohl appelliret, mithin der Beklagte schuldig — den Werth der verloren gegangenen Waaren mit 1346 Rthlr. in Carolinen zu 6 Rthlr. nebst Zinsen zu 5 p. C. auf diesen Hauptstuhl, von Zeit der erhobenen Klage angerechnet, dem Kläger zu erstatten, wobey es jedoch dem Beklagten unbenommen bleibt, nicht allein seine etwannigen Einreden gegen den berechneten Betrag der Entschädigung, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, allhier auszuführen, sondern auch die, als Auslagen, Fracht- und Spesengelder geforderten 95 Rthlr., in so fern der Kläger gegen das berechnete Quantum derselben nichts erhebliches einzuwenden vermag, von der zu zahlenden Entschädigungssumme zu kürzen und zurück zu behalten; übrigens aber wird der Beklagte wegen des durch seine Schuld eingetretenen nachtheiligen Ausganges des Speditionsgeschäftes mit der widerklagend aufgestellten Forderung von 114 Rthlr., welche Behuf der Nachspürung des entwichenen Fuhrmannes verwendet seyn sollen, lediglich ab- und zur Ruhe verwiesen.

LXXIX. Erörterung.

Die Rechte des Patrimonial-Richters dürfen durch Prorogation der Jurisdiction nicht gefährdet werden.

Nach dem ältern Römischen Rechte war es nicht erlaubt, den ordentlichen Richter zu übergehen, weil die, jeder Obrigkeit angewiesenen, Gränzen in der nächsten und engsten Verbindung mit der Staats-Verfassung standen, in diese aber, durch die Handlungen von Privatpersonen, kein abändernder Eingriff geschehen konnte. Erst durch die vom August gegebene Leg. Juliam judiciariam bekam die Sache eine andere Gestalt, und nur seit der Zeit erhielten die willkührlichen Prorogationen der Gerichtsbarkeit, auch ohne Zustimmung des ordentlichen Richters, Gültigkeit y). Gegenwärtig ist es nicht zu bezweifeln, daß einzelne Civil-Rechtsangelegenheiten, durch die ausdrückliche Bestimmung und Erklärung, oder durch die stillschweigende Ge-

y) Bach Diss. de prorogat. jurisd. Lips. 1756. §. 1. Ob die Stattnehmigkeit der Jurisdictions-Prorogation sich aus deutschen Rechten, und namentlich aus dem Jure Prov. Saxon. L. 3. Art. 25, herleiten lasse, wie a Pufendorf Tract. de Jurisd. German. P. 1. Cap. 4. §. 97. pag. 111 behauptet, mögte wohl ziemlich zweifelhaft seyn.

Genehmigung z) der Parteien, oder der dabey interessirten Personen, mit Vorbeygehung des in der Regel competenten Richters, vor ein Gericht gebracht werden können, vor welches die Rechtssache, entweder nach ihrer dermaligen Lage, oder nach der Person der Beklagten, ordentlicherweise nicht gehören a). Bey einer solchen, auf die Willkühr der Parteien gebaueten Aufhebung der Unstatthaftigkeit des Gerichtsstandes, — Incompetentia fori — welche man mit der Benennung: Erstrekkung

z) Eine solche stillschweigende Genehmigung kann eintreten: durch wissentliche Angehung eines unstatthaften Richters, L. 15. Dig. de Jurisdict. L. 5. Dig. ratam rem haberi. L. 116. §. 2. de Reg. Jur.; durch Fristgesuche; durch vorgebrachte Einreden; durch die Einlassung auf die Klage, ohne die Einrede der Unstatthaftigkeit des Gerichtsstandes entgegengesetzet zu haben. Nur muß der Beklagte nicht aus offenbarem Irrthume den Richter für competent gehalten, sondern er muß gewußt haben, daß er sich vor einem incompetenten Richter einlasse. L. 14. Dig. de Jurisd. L. 1. 4 Cod. ibid. L. 1. 2 pr. L. 30. 33. 80. Dig. de Judic. Im L. 18. Dig. de Jurisdict. ist zwar verordnet: daß, wenn die Parteien sich wegen eines Richters vereinbaret hätten, sie dennoch, ehe die Sache anhängig gemachet sey, davon wieder abgehen könnten. Allein dieses ist vom Justinian L. 29. Cod. de Pactis abgeändert, und es streitet auch mit der heutigen allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge.

a) Cramer de Jurisdict. prorogata. Vinnius Tract. de Jurisd. Cap. 10. Gebauer Comment. de Jurisdict. Cap. 1. a Pufendorf de Jurisdict. German. P. 1. Cap. 4. § 95 seq.

Der vom Voetius Comment. ad Dig. Tit. de Jurisdict. §. 15. unter Anführung mehrerer Schriftsteller, behaupteten Meinung, daß das competente Gericht zu jeder verfügenden Erstrekkung der Gerichtsbarkeit einwilligen müsse, widersprechen unverkennbare Rechtsgründe und der Gerichtsgebrauch.

kung der Gerichtsbarkeit, — Prorogatio Jurisdictionis — bezeichnet, werden jedoch folgende Erfordernisse vorausgesetzet:

Erstlich muß der Richter, auf den die Gerichtsbarkeit erstrecket werden soll, nicht völlig unfähig oder incompetent seyn; das heißt: es muß demselben die Gattung der Gerichtsbarkeit zustehen, in welche die Sache einschlägt b).

Zweitens darf kein besonderer Grund vorhanden seyn, weßhalb der Sache, worin die Prorogation der Jurisdiction eintreten soll, durch specielle Gesetze, ein ausschließender Gerichtsstand angewiesen ist, wie dieses z. B. bey Militair-, Manufactur-, Commerz- und andern dergleichen Sachen, in manchen Ländern der Fall seyn würde c).

Drittens, endlich muß, durch die Prorogation und deren Folgen, die Landeshoheit des Landesherrn, unter welchem sich das ursprünglich competente Gericht befindet, nicht verletzet werden d). So zweifelfrei die Richtigkeit dieser allgemeinen Grundsätze

b) L. 3. Cod. de Jurisd. L. 2. §. 2. L. 61. §. 1. L. 74. §. 1. Dig. de Jud. Ziegler Dicast. Concl. 11. §. 8. Cramer de Jurisdict. prorog. §. 35. Das Gegentheil behauptet Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. Bedenk. 14. Seite 41.

c) Claproth bürgerl. Proceß, Th. 1. §. 31.

d) Daher leugnen Schilter Exercit. 6. §. 23; Gail Lib. 1. Observat. 50. Nro. 5, und mehrere, die Zulässigkeit der Prorogation der Jurisdiction ausserhalb Landes. Andere, wie namentlich Stryk Us. mod. Pand. Tit. de Jurisdict. §. 23; Hertius Diss. de superiorit. territ. §. 23; Cramer de Jurisd. prorog. §. 63, behaupten dahingegen, daß sich ein Unterthan auch den Gerichten eines andern Landesherrn unterwerfen könne, wenn solches blos in einzelnen Sachen geschehe, und der auswärtige Richter in seinem Gerichtssprengel angegangen werde. Da

ſätze, in Abſicht auf die von Amtswegen und Namens des Regenten verwaltete Gerichtsbarkeit, — Jurisdictio adminiſtratoria ſeu perſonalis — ſeyn dürfte; ſo beſtritten iſt dagegen die Frage: Ob bey der Patrimonial-Gerichtsbarkeit — Jurisdictio patrimonialis, realis ſeu prediatoria — die Sache aus einem völlig gleichen Geſichtspuncte zu betrachten ſey? oder beſtimmter: Ob Gerichtsunterthanen eines Patrimonialrichters, wider den Willen deſſelben, in Rechtsangelegenheiten, die, ordentlicherweiſe, vor das Patrimonialgericht gehören, die Jurisdiction ſtillſchweigend oder ausdrücklich zu prorogiren befugt ſind? e) Sehr wichtige, aus dem Grunde, dem Urſprunge und der Beſchaffenheit der Patrimonialgerichtsbarkeit hergenommene, Gründe entſcheiden indeſſen für die verneinende Beantwortung dieſer Frage. Schon der Umſtand allein, daß die, aus der ältern deutſchen Verfaſſung herzuleitende, Patrimonialgerichtsbarkeit den Römern völlig unbekannt war, macht die Anwendung der von der Prorogationslehre handelnden Römiſchen Geſetze, auf dieſe Art deutſcher Jurisdiction, ſehr zweifelhaft, und die daher entſtehen-

Da nicht jede Prorogation der Jurisdiction auſſerhalb Landes unbedingt eine Beeinträchtigung der Landeshoheitsrechte befaſſet und mit ſich führet; ſo dürfte die zuletzt erwähnte Meinung, besonders unter den von Pufendorf Tract. de Jurisdict. Germ. P. 1. Cap. 4. §. 101 angegebenen Einſchränkungen, wohl die richtigere ſeyn.

e) Bejahend wird dieſe Streitfrage beantwortet von Leyſer Spec. 29. Med. 5; Eichmann bürgerl. Recht, Th. 1. S. 349, u. m. Verneinend entſcheiden dahingegen dieſelbe: Brunnemann ad Leg. 1. de Judic.; Schilter Exercit. 6. th. 23; Obrecht de Jurisd. Cap. 14. Nro. 36; Gail Lib. 1. Obſervat. 49; Bach Diſſ. de prorog. Jurisd. §. 9; und i. d. Unparteiiſchen Critik von juriſtiſchen Büchern, Th. 6. S. 190. Gebauer de Jurisdict. Cap. 2. §. 7.

stehenden Bedenklichkeiten erhalten durch die nähere Erwägung des ganzen Wesens der Patrimonialgerichtsbarkeit ein überzeugendes Gewicht. Die Hauptquelle dieser Art von Gerichtsbarkeit ist das Eigenthum an der Person, und Obereigenthum an dem ihr verliehenen Gute. Beides gab in den Zeiten, wo Selbsthülfe in Deutschland erlaubt und unentbehrlich war, die Befugniß, Person und Güter zu schützen, zu pflegen, sie in Ordnung zu halten, und sich auch selbst zu dem zu verhelfen, was man von beiden zu fordern hatte. Nebenher mag hin und wieder eine Patrimonialgerichtsbarkeit auch wohl vom Landesherrn verliehen seyn, und sich auf ein ausdrückliches Privilegium gründen; der wahre Ursprung derselben lieget aber mehr in der ältern deutschen Verfassung, als in den Verwilligungen der Kaiser und der Landesherren f). Die Patrimonial-Jurisdiction ist daher an sich selbst ein zum Patrimonio gehöriges veräusserliches Recht, welches zu Gelde angeschlagen werden kann, und häufig titulo oneroso zu dem Ende acquiriret wird, damit man die Nutzung desselben genießen möge. Man rechnet den Besitz dieser Jurisdiction zum Vermögen, und bringet denselben, bey dem Verkaufe der Güter, mit in Anschlag. Unter diesen Verhältnissen ist ein jeder Vertrag der Erbgerichtsunterthanen, einen fremden Richter zu erwählen, für eine Schmälerung der Gerechtsame des Erbrichters anzusehen, und die Billigkeit erfordert es um so mehr, daß man dem letzteren die Nutzungen seiner Jurisdiction nicht schmälern lasse, da er wegen derselben oft viele Unkosten und Beschwerden tragen muß. Der Patrimonialrichter ist daher befugt, denjenigen seiner Erbgerichtsunterthanen, der eine Prorogation vornimmt, durch Strafbefehle zu zwingen, daß er sich von dem fremden Richter zu

f) Heineccius Diss. de Origine atque indole Jurisdict. patrimon. Senckenberg Abhandl. von der kaiserl. Gerichtsbarkeit in Deutschland. Runde deutsches Privatrecht, §. 702.

zu ihm, als dem ordentlichen, wenden müsse. Es kann auch der Erbgerichtsherr, wenn die vor ihn gehörende Sache bey dem Oberrichter anhängig gemacht ist, interveniendo einkommen, und das, was ihm zum Nachtheile seiner Gerichte entzogen worden, fordern. Diese Grundsätze kamen in dem folgenden Falle bey dem höchsten Tribunale zur Anwendung. Die verwitwete Landräthin v. W., welche zu Stade wohnte, und, nach der dortigen Verfassung, der Jurisdiction des Magistrats unterworfen war g), übertrug in ihrem Testamente die Curatel über ihre Verlassenschaft, und die Bevormundung ihrer Kindeskinder, der Brem- und Verdenschen Justiz-Canzley. Dadurch, daß das letztgedachte Collegium sich der Sache annahm, hielt sich der Magistrat für beschwert. Es belangte derselbe die Justiz-Canzley bey dem höchsten Tribunale, und dieses erkannte, in Sachen Bürg. u. Rath der Stadt Stade, wider den Anwald der Justiz-Canzley daselbst, modo d. Anwald der Regierung der Herzogthümer Bremen und Verden, am 15. September 1795, folgendermaßen: „Nachdem die verwitwete Landräthin v. W. nicht befugt gewesen, die Anordnung einer Curatel über ihre, unter des implorantischen Stadtraths Gerichtsbarkeit befindliche, Verlassenschaft, und deren damit verknüpfte Verwaltung, Unserer Justiz-Canzley zu übertragen, und solchergestalt das, durch Verträge und Landesgesetze bestimmte, Verhältniß durch ihre letzte Willensverordnung zu verrücken, mithin die von Unserer Canzley verfügte Bestellung des Ritterschafts-Secretarii M. zum Vormunde der Töchter des Rittmeisters v. W. allerdings eine Kränkung der, der Stadt Stade verliehenen, Patrimonialgerichtsbarkeit in sich schließt; daß daher gedachte Curatel Bürg. und Rath hinwiederum zu über-

g) Practische Erörterungen, B. 4. Erörter. 75. §. 7.

überlassen, und von selbigen, was darunter der gegenwärtigen Lage der Sache angemessen, zu verfügen sey. h)

h) a Pufendorf, Tom. 2. obs. 95. §. 3, behauptet, daß die Kinder, als Erben, eine solche elterliche Verfügung agnosciren müßten. Allein dieses verbindet den Patrimonialrichter nicht, sie ebenfalls anzuerkennen. Mit dem Tode des Vaters hört eigentlich dessen Gerichtsstand auf, und er kann also die Gerichtsbarkeit nicht noch nach seinem Absterben prorogiren. Die nachgelassenen Kinder erhalten, wo von keinem Foro privilegiato die Rede ist, sodann ihren eigenen Gerichtsstand unter dem ordentlichen Richter des Wohnungsorts. Eine jede Obrigkeit, unter welcher die Waisen stehen, hat aber nach der R.-P.-O. v. J. 1577, §. 32, die Pflicht auf sich, eine Vormundschaft über sie anzuordnen, und der Vater kann daher dieselbe weder von ihrer Obliegenheit, für die Pupillen zu sorgen, dispensiren, noch ihr das Bevormundungsrecht willkührlich entziehen. M. s. auch Schnaubert in den Beyträgen, Th. 2, S. 155. Glück im Commentar über Hellfeld, §. 206.

LXXX. Erörterung.

Wer zur Ausbesserung eines Gebäudes Geld hergeliehen hat, braucht nicht über das ganze Detail der Verwendung strengen Beweis zu führen.

Marc Aurel hat den Gläubigern, welche zur Ausbesserung oder Wiederaufbauung eines verfallnen Gebäudes baar Geld i) her-

i) Da dieses privilegium blos dem creditirten baaren Gelde beygelegt ist, so kann man es, der Theorie nach, auf creditirte Baumaterialien und das rückständige Arbeitslohn der Handwerksleute nicht erweitern. Dabelow vom Concurse, §. 233. Weil indeß dergleichen Creditoren das corpus bonorum mit eigenen Kosten erhalten haben, welches sonst zum Nachtheil der übrigen Gläubiger weniger werth gewesen, oder zum Theil verloren gegangen seyn würde; Arbeitsleute auch, wenn sie ihren Unterhalt verdienen wollen, öfters eine Zeitlang crediren müssen; so ist aus diesen Rücksichten den Handwerksleuten und denen, welche zur Wiederaufbauung oder Ausbesserung Materialien geliefert haben, nach dem bisherigen Gerichtsgebrauche das privilegium pecuniae ad reparandas aedes zuerkannt worden, und hat die Zellesche Justizcanzley, in der Röhrschen und Dunkerschen Concurssache, hiernach gesprochen. M. s. auch a Pufendorf Tom. 2. obs. 170, u. Tom. 3. obs. 194.

hergeliehen haben, in Ansehung desselben, und in sofern der dadurch beförderte Nutzen noch vorhanden ist, ein besonderes Vorzugsrecht beygelegt. Einem solchen Gläubiger liegt jedoch probatio versionis, oder der Beweis ob, daß das creditirte baare Geld auch wirklich dazu und nicht zu andern Dingen verwendet ist k).

Bey dergleichen Beweisen scheint aber die billige Mäßigung eintreten zu müssen, daß man nicht über das ganze Detail der Verwendung strenge Bescheinigung von dem Gläubiger fordert; vielmehr wird man es schon für hinreichend annehmen können, wenn bescheinigt ist, daß zur Zeit des Vorlehns wirklich ein Bau, der eine solche oder noch größere Summe erfordert hat, vorgenommen ist, und nicht gezeigt wird, daß der Schuldner im Stande gewesen ist, denselben aus andern Mitteln zu bestreiten.

LXXXI. Erörterung.

Von der Verbindlichkeit der Parteien, zu den, in Civil-Rechts-Sachen, zu dem Versuche eines Vergleichs und zum mündlichen Verhöre angesetzten Terminen in Person zu erscheinen.

Schon das Gemeinerecht bringet es mit sich, daß, der Regel nach, in allen Rechtssachen, gleich im Anfange des Processes, jedoch

k) Walch de privilegio pecuniae in refect. aedium creditae, §. 7. Gmelin Ordn. der Gläubiger, S. 400.

jedoch nicht eher, als bis man des Beklagten Einreden gehöret hat, in einem dazu anzusetzenden Termine, ein Vergleich der Parteien zu versuchen ist [l]). Die Gerichtsordnungen der Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Lande stimmen nicht allein hiermit überein, sondern sie gehen noch weiter, und verordnen, daß in sämmtlichen Rechtsstreitigkeiten ein sogenannter mündlicher Termin anzusetzen, und gleich die erste Citation auf die mündliche Vernehmung der Parteien und auf einen Vergleichsversuch zu richten sey. [m])

Die weise und wohlthätige Absicht unserer sämmtlichen Gerichtsordnungen ist durchaus darauf gerichtet, nicht allein durch Einleitung von Vergleichen, Processe überhaupt in ihrem ersten Ursprunge niederzuschlagen, sondern auch hauptsächlich, wenn dieses nicht möglich seyn sollte [n]), durch die mündliche Vernehmung

l) L. ult. pr. Dig. pro suo. L. 2. Cod. de re judic. C. 6. 7. Dist. 90. Reichsabschied v. J. 1654. §. 110.

m) O.A.G.Ordnung Th. 2. Tit. 3. §. 21. Zell. Canzley-Ordn. Art. 1 — 4. Zell. H.G.Ordn. Th. 1. Tit. 3. und Append. §. 3 seq. Calenberg. Canzley-Ordn. Tit. 9. H.G.Ordn. Tit. 3. Brem. und Verd. H.G.Ordn. Th. 2. Tit. 2. Lauenburg. H.G.Ordn. Tit. 30. §. 3. Justiz-Reglement v. J. 1718, §. 1. Brem. und Verd. Unter-Gerichts-Ordn. Tit. 5. §. 1 u. 13. Es sind jedoch hiervon causae mandatorum et executionum, worin mit Mandaten der Anfang gemacht wird, ausgenommen. a Pufendorf Proc. Civ. P. 2. Tit. 2. §. 16.

n) Von den Fällen, in welchen die Parteien, auch wider Willen, zum Vergleiche von amtswegen angehalten werden können, oder von dem richterlichen Durchgreifen, s. Zell. Canzley-Ordn. Art. 2. Calenberg Canzley-Ordn. Tit. 9. §. 1. Brem. und Verd. H.G.Ordn. Th. 2. Tit. 3. §. 4. Justiz-Reglement v. J. 1718, §. 1.

mung der Parteien, einem weitläuftigen kostbaren, und oft verwirrenden Schriftwechsel vorzubauen, und in dem Oraltermine die Sache so zu instruiren, daß in derselben sofort, wo nicht definitiv, doch wenigstens interlocutorisch, erkannt werden könne. Keiner Partei ist es daher gestattet, den, zum Vergleichsversuche und zum mündlichen Verhöre angesetzten, Termin unter dem Vorwande abzulehnen, daß man sich gar nicht vergleichen wolle, und daß Niemand zu der Eingehung eines Vergleichs gezwungen werden könne o). Leider ist der Zweck der gedachten Verordnungen äusserst unvollkommen erreicht. In dem Justiz-Reglement v. J. 1718 wird bereits hierüber §. 1 folgender Vorwurf geäussert: „Nachdem Wir höchstmißfällig wahrge„nommen, daß die in denen Ordnungen — ganz ernstlich, so„gleich bey Anfang eines Processus vorzunehmen befohlene höchst„nöthige Vorbescheide, ganz in Abgang kommen, und anstatt „dessen alle Sachen, sie seyn so klar und geringschätzig, wie sie „wollen, zur schriftlichen Ausführung angenommen, und wann „noch dann und wann ein mündlicher Vorbescheid angesetzet „wird, dasjenige, was desfalls in gedachten Ordnungen so löb„lich verordnet, im geringsten nicht beobachtet werde. Dieses „aber hauptsächlich zu Verlängeruug der Sachen ein Großes „beyträget, indem, wann nach Einhalt aller solcher Verordnun„gen desfalls stricte verfahren würde, die mehrsten Sachen „entweder in Güte oder per Decreta sogleich gehoben, oder „doch wenigstens vieler Weitläuftigkeit vorgebeuget werden „könnte; So wollen wir u. s. w."

Selbst die, auf diese Erklärung des entschiedensten Mißfallens, folgende Einschärfung der Beobachtung früherer Verordnungen, verbunden mit der erneuerten und verbesserten Vorschrift

o) Zell. Canzley-Ordn. Art. 4. Calenb. Canzley-Ordn. Tit. 9. §. 17. Lauenburg. H. G. Ordn. Tit. 30. §. 4.

schrift, über den Gebrauch der sogenannten Vorbescheide und des bey denselben zu beobachtenden zweckmäßigen Verfahrens, sind nichts weniger als im vollen Maaße wirksam geblieben. Ein so allgemeiner Gebrauch der Vorbescheide, wie die Gerichtsordnungen denselben vorschreiben, würde, bey unseren mehrsten Justizbehörden, zumal bey den Ober- oder Mittelgerichten, vergebens gesuchet werden p). Schwieriger ist es freilich für den Referenten, sich auf den, in einem mündlichen Termine zu leistenden, Vortrag auf die geschickte Einleitung eines Vergleichs, und, in Entstehung dessen, auf eine zweckmäßige Instruction der Sache zum Erkenntnisse vorzubereiten, als — mit einem flüchtigen Federstriche eine eingekommene Klage ad excipiendum zu communiciren, und sollte auch diese Schwierigkeit nie und an keinem Orte wirksam seyn; so fehlet es doch nicht an anderen Gründen, aus welchen sich die Vernachlässigung der Vorbescheide erklären läßt. Weder die Gerichtspersonen, noch die Parteien und deren Sach- und Anwälde, sind bislang an die mündliche Behandlung der Sachen in den obern Instanzen hinlänglich gewöhnet; manche, über die Pflichten ihres Berufs nicht gewissenhaft genug denkende, Sachwälde glauben, durch die Erschwerung einer schleunigen Beendigung der Rechtssachen ihr Interesse befördern zu können; nicht selten mangelt es, auf

p) Bey dem höchsten Tribunale werden nicht allein in allen Klagesachen erster Instanz Vorbescheide oder Termine zum mündlichen Verhöre und zum Versuche der Güte angesetzet, sondern man gebrauchet auch in Appellationssachen dergleichen Termine sehr häufig, und zu jeder Zeit, um Vergleiche zu Stande zu bringen, sobald sich ein solcher Erfolg nur mit einiger Wahrscheinlichkeit hoffen läßt. v. Bülow über die Verfassung des O.A. Gerichts, Th. 2. §. 236 und 267.

Seiten der einen oder der andern Partei, an der zu dem Termine erforderlichen Instruction q); und daher kömmt es dann, daß

q) Auf die Beschaffung einer hinlänglichen Instruction zu den mündlichen Terminen, ist bereits der, in der Sammlung der Landesordnungen mit abgedruckte, Gemeine = Bescheid des O.A.Gerichts vom 11. Junius 1735, Nro. 43, gerichtet. Das höchste Tribunal hat sich aber bewogen gefunden, über diesen Gegenstand am 4. September 1797 noch folgenden, bislang nur in den Hannov. Anzeigen abgedruckten Gemeinen Bescheid zu erlassen: — Es ist mit Mißfallen bemerkt worden, daß, ungeachtet der bereits vorhandenen Vorschrift des 43. Gem.Besch. vom 11. Jun. 1735, die Syndici, Procuratoren und Advocaten, in den zum Versuche der Güte, oder zu mündlichen Verhören und Verhandlungen, angesetzten Terminen sehr oft, entweder gar nicht, oder doch nur höchst unvollkommen von der Sache Beschaffenheit instruiret, erscheinen, und daß dadurch der Zweck, den das O.A.Gericht bey der Ansetzung der Termine hatte, gänzlich verfehlet wird. Um diesem ordnungswidrigen und sehr nachtheiligen Verfahren für die Folge vorzubeugen, wird der vorgedachte Gemeine-Bescheid hiermit nicht allein zu besserer Befolgung alles Ernstes in Erinnerung gebracht, sondern derselbe auch dahin erweitert: daß jede Partei, die nicht etwa zeitig genung, und wenigstens acht Tage vorher, um die Aussetzung eines zu mündlichen Verhandlungen anstehenden Termins nachsucht, ihren Procurator, Syndicus, Advocaten, oder sonstigen Bevolmächtigten, mit gebührender Vollmacht, und besonders mit der zur Erreichung des Zwecks des Termins erforderlichen Instruction, unfehlbar zu versehen, oder zu gewärtigen habe, daß sie, ausser der Erstattung der Terminskosten, mit einer unausbleiblichen, den Armen zuzueignenden Strafe von Fünf Reichsthaler beleget werde. Eine gleiche Strafe trift auch diejenigen Procuratoren, Advocaten und Bevollmächtigte, durch deren Schuld etwa ein angesetzter Termin,

daß der Erfolg der Vorbescheide sehr häufig dem Zwecke derselben auf keine Weise entspricht, und daß diese Erfahrung auf den gesetzmäßigen Gebrauch der mündlichen Termine sehr ungünstig wirkt. Schwerlich werden diese, der Vermeidung und Abkürzung der Processe, entgegenstehende Hindernisse, ohne eine allgemeine Revision und Verbesserung unserer Proceßordnungen, aus dem Grunde gehoben werden können. Beträchtlich würde jedoch schon jetzt dadurch gewonnen seyn, wenn man von gerichtswegen in allen Fällen, worin die Umstände dieses nur irgend gestatten, auf das persönliche Erscheinen der Parteien zu den Vorbescheiden bestände. Gewöhnlich werden die Ladungen zu den mündlichen Terminen nur dahin gerichtet: daß die Parteien entweder in Person, oder durch hinreichend bevollmächtigte und von der Sache genugsam unterrichtete Anwälde sich einzufinden hätten. Bey einer solchen Citation stehet es freilich in der Willkühr der Partei, welche Alternative sie befolgen will. Ganz anders ist der Fall, wenn, wie dieses die Gerichtsordnungen ausdrücklich vorschreiben r), die Ladung darauf gerichtet wird: daß die Parteien in Person nebst ihren Advocaten und Procuratoren erscheinen sollen. Durch Bequemlichkeit, falsche Ehrbegriffe und andere Nebenrücksichten verleitet, verweigern nicht selten Parteien, auch bey solchen Citationen, das persönliche Erscheinen, und suchen sogar ihre Weigerung, durch Beziehung auf allgemeine Rechtsgrundsätze, zu unterstützen. Nur in seltenen und blos als Ausnahmen von der Regel zu betrachtenden Fällen ist dieses jedoch zulässig. In der Beziehung auf das Gemeinerecht behaupten zwar mehrere juristische Schrift-

steller,

min, wegen Mangels einer hinlänglichen Instruction, vereitelt werden sollte.

r) S. sämmtliche oben genannte Gerichtsordnungen a. a. O., besonders das Justiz-Reglement v. J. 1718, §. 1.

stellers), daß nur bey den sogenannten angelegentlichen Vergleichssachen, die man mit dem lateinischen Ausdrucke: Transactiones urgentes, bezeichnet, und worunter man Sachen von geringer Wichtigkeit, Ehesachen, oder solche Rechtsstreitigkeiten begreift, die pias causas, Injurien, Witwen und Waisen und sonst personas miserabiles oder nahe Anverwandten betreffen, die Parteien schlechterdings verbunden sind, in den zum mündlichen Verhöre und zum Vergleichsversuche angesetzten Terminen persönlich zu erscheinen; daß es aber in allen anderen Sachen hinlänglich sey, wenn die Partey entweder in Person, oder durch einen hinlänglich bevollmächtigten und instruirten Anwald sich stelle.

Diese Behauptung, wenn sie auch unbedingt als dem Gemeinenrechte angemessen angenommen werden könnte, findet jedoch in den hiesigen Landen keine allgemeine Anwendung, und ist vielmehr als Regel unsern Gerichtsordnungen ganz zuwider. Die Zellische Canzley-Ordnung, Art. 3 und 4, bestimmet ohne alle Distinction: daß zu den Vorbescheiden die Principalen sich unweigerlich und immer möglich in Person zu sistiren haben, und daß hiervon nur erhebliche Ursachen dispensiren sollen. In der Calenbergischen Canzley-Ordnung wird Tit. 9, §. 5, verordnet: „Zu „mehrerer Facilitirung des gütlichen Vergleichs sollen die Par„teien beiderseits sich in der Person, samt ihrem Advocaten, „wann solches in der ausgelassenen Citation erfordert wird, un„fehlbar einstellen, damit nicht die abgefertigte und constituirte „Anwälde, wegen eingeschränkter Vollmacht, oder der Sache „nicht habenden genugsamen Berichts, sich zu entschuldigen, und „der

s) Boehmer J. Eccl. Protest. I. 32. 33. Carpzov Jus forens. P. 1. Const. 1. Def. 11. Mevius P. 1. Dec. 224. 225. P. 8. Dec 296. Heimburg de transact. jud. invita. Claproth bürgerl. Proceß, Th. 2. §. 148.

„der Verhörstag umsonst angesetzet sey.“ Ferner heißt es §. 17 desselben Titels: — „und dahero sich unweigerlich in „Person, oder, da sie durch Gottes Gewolt daran behindert „würden, durch genugsam instruirte Bevollmächtigte oder An„wälde, damit der intendirte Zweck nichts desto weniger er„reichet werde, zu sistiren und einzulassen schuldig.“ Die Lauenburgische H. G. Ordnung setzet Tit. 30 generaliter fest: daß die Parteien, wo möglich, in Person erscheinen sollen. In der Untergerichts-Ordn. der Herzogthümer Bremen und Verden ist Tit. 4, §. 9, verordnet: „Wann sol„che Citation gebührend insinuiret, müssen beide Theile in dem „präfigirten Termino ohnausbleiblich in Person erscheinen, und „der ihnen obliegenden Nothdurft wahrnehmen.“ Endlich bestimmet das Justiz-Reglement v. J. 1718, §. 1, nicht allein ausdrücklich: daß die Parteien zu den Vorbescheiden in Person zu erscheinen, citiret werden sollen; sondern es wird auch in demselben § ferner Folgendes verordnet:

„Wann nun in dem angesetzten Termino die Parteien sich „in Person melden, wie sie zu thun schuldig, es sey und wäre „dann, daß es Personen von sonderbahrer Distinction, oder „daß solche, Krankheits oder ihres Leibeszustandes, oder auch „anderer wichtigen unvermeidlichen Ursachen halber, daran ver„hindert, und solche Ursachen bescheinigen würden; (als wel„chen Falls ihnen zwar freistehet, zurück zu bleiben, jedennoch „sie schuldig sind, ihre Advocaten, oder wann auch diese vor„gesetzter Ursachen halber nicht erscheinen wollten oder könnten, „ihre Procuratoren also zu instruiren, und die Advocaten ih„nen aus der Sache völlige Information zu geben haben, da„mit der hierdurch intendirte Endzweck desfalls nicht verfehlet „werden dürfe) so soll derjenige Rath“ u. s. w.

Der deutliche Inhalt dieser Verordnungen läßt darüber keinen Zweifel übrig, daß die persönliche Vorladung und das per-

persönliche Erscheinen der Parteien, zu den zum Vergleichs=versuche und zum mündlichen Verhöre angesetzten Terminen, in den hiesigen Landen als die allgemeine Regel zu betrachten ist, und daß Ausnahmen hiervon nur in den Fällen rechtmäßig und zuläßig sind; wenn entweder der Geladene von sonderbarer Distinction, das heißt: vornehm, sehr angesehen, von einem vorzüglich hohem Range ist t), oder wenn andere Personen durch Krankheit, Schwachheit und andere wichtige und unvermeidliche Hindernisse davon abgehalten werden, in Person zu erscheinen, in welchen letztern Fällen die Parteien jedoch die Hindernisse auf eine glaubwürdige Art bescheinigen müssen u). Ist übrigens den Parteien, die keine dieser Ausnahmen auf sich anwenden können, in der erlassenen Citation das persönliche Erscheinen zu dem Termine bestimmt, und nicht etwa alternativ zur Pflicht gemacht, und es wird dieser Auflage nicht genüget; so muß der ungehorsam ausgebliebene Theil zu

t) Was unter dem Ausdrucke: sonderbare Distinction, verstanden werden muß, ist freilich sehr ungewiß. Nur das jedesmalige richterliche Ermessen kann und muß darüber bestimmen, welche Distinction, welches Ansehen, welcher Rang eine Partey von der Verbindlichkeit des persönlichen Erscheinens zu befreien im Stande ist. Da jedoch vor dem Richterstuhle Jedermann sich gleich ist, und da der Nutzen und die Nothwendigkeit des persönlichen Erscheinens sowohl bey vornehmen als geringen Parteyen eintreten kann; so dürfte auf keinem Fall die in den Gerichtsordnungen in Absicht auf Distinction oder Stand statuirte Ausnahme in einem zu ausgedehnten Sinne anzunehmen seyn.

u) Sind übrigens dergleichen Hindernisse nur einstweilig und vorübergehend; so kann die Anführung derselben nichts weiter bewirken, als daß der Termin, bey welchem das Gericht die persönliche Gegenwart der Parteien für erforderlich hält, vorerst und bis dahin, daß die Impedimente aufhören, ausgesetzet bleibt.

zu der Erstattung der Kosten des wendig gemachten Termins angehalten, und ein neuer Termin mit geschärfter Ladung zu demselben Zwecke angesetzet werden. Auf den Fall des abermaligen Aussenbleibens ist, gegen Honoratioren oder angesehene Parteien, eine angemessene Geldstrafe; gegen Personen geringen Standes aber die Strafe des Holens — Real-Citation — in der neuen Ladung nicht allein anzudrohen, sondern auch, bey einem fortgesetzten Ungehorsam, zu exequiren, und auf solche Art den wohlgemeinten Absichten der Gerichtsordnungen und den gerichtlichen Befehlen volle Wirksamkeit zu verschaffen. Bedürften diese Grundsätze noch einer Bestätigung, so würde dazu die Entscheidung des folgenden neuerlich vorgekommenen Rechtsfalles dienen können. In einem Rechtsstreite, den der Kunstmaler L. zu Zelle, als Kläger, mit dem dortigen Bürger H., als Beklagten, vor dem Stadtrathe führte, waren von dieser Behörde beide Theile citiret, zu einem, zum Vergleichsversuche und zum mündlichen Verhöre angesetzten, Termine in Person zu erscheinen. Der Kläger bestellte einen Procurator, versahe denselben mit Instruction, trug ihm die Abwartung des Termins auf, und bestand sowohl bey dem Stadtrathe, als nachmals in Appellatorio bey der Justiz-Canzley darauf, daß es hierdurch seinen Obliegenheiten völlig genüget habe, und daß er nicht verbunden werden könne, wider Willen sich persönlich zu stellen. Als die Justiz-Canzley die Verfügungen des Stadtraths lediglich bestätigte, wandte der Kläger sich sogar an das höchste Tribunal, erhielt aber hier am 13. October 1803 den folgenden Bescheid:

„Da der Implorant in jeder Rücksicht verbunden ist, in „dem, von dem Gerichte erster Instanz zum Vergleichsversuche „und zur weitern Verhandlung der Sache angesetzten Termine, „in Gemäßheit der an ihn ergangenen Ladungen, in Person „zu erscheinen, hierdurch aber sämmtliche vom Imploranten „aufgestellte Beschwerden von selbst wegfallen; so findet das

 ange-

„angebrachte Gesuch nicht Statt, und wird es dem Sach-
„walde des Imploranten N. N. ernstlich verwiesen, daß der-
„selbe sich nicht entsehen hat, einen so höchst frivolen und un-
„begründeten Antrag an das O.A.Gericht gelangen zu lassen."

LXXXII. Erörterung.

Der Meier darf den Meiercontract nicht einseitig auf- kündigen, und das Meiergut nicht nach Willkühr ver- lassen.

Nach der gegenwärtigen Beschaffenheit der Meiergüter wird die Frage: ob der Meier den Contract einseitig kündigen, und das Meiergut nach Gefallen verlassen kann? zwar nicht oft vorkommen; weil die Bauern ihre Höfe gern behalten, und es zu den seltensten Fällen gehört, wenn ein Gutsmann seinem Gutsherrn den Meiercontract aufkündiget x). Indeß ereignet sich doch zuweilen dieser Fall, und dann wird die Entscheidung der erwähnten Frage sowohl an sich, als durch die abweichende Meinungen der Rechtsgelehrten y) sehr zweifelhaft, wenn sie in Provinzialgesetzen keine Bestimmung erhalten hat. Der Grund hier-

x) Gesenius Meierrecht, B. 2. S. 133. von Buri Lehnrecht, S. 481. Struben de jure villic. c. 8. §. 22.

y) Struben rechtl. Bedenken, Th. 2. Bed. 144. Ludewig jus client. Sect. 3. c. 8. §. 16.

hiervon liegt unstreitig darin, weil die rechtliche Beschaffenheit der Bauergüter sehr verschieden ist, und man aus der bloßen Aehnlichkeit der Namen und Benennungen sehr oft, mit Unrecht z), auf die Gleichheit ihrer rechtlichen Natur geschlossen hat. Selbst in den Provinzen der Braunschweig-Lüneburgischen Lande haben die Bauergüter sehr verschiedene, von einander abweichende, Rechte a). Einige sind Erbgüter, bey welchen kein Abmeierungsrecht Statt findet b). Andere Erbpachtgüter; an einigen besitzen die Gutsleute ein erbliches Nießbrauchs- oder Nutzeigenthumsrecht, und endlich wieder andere haben die Natur bloßer Pachtgüter.

Daß bey den letzten eine einseitige Aufkündigung Statt findet, und zulässig ist, hat keinen Zweifel. Aber viel schwieriger wird die Entscheidung der obigen Frage, wenn der Gutsherr seinem Meier nicht willkührlich, sondern nur in den gesetzlichen bestimmten Fällen aufkündigen, und, nach vorgängiger richterlicher Untersuchung und Entscheidung, den Hof nehmen kann, welches der Fall bey allen solchen Meiergütern ist, an welchen die Gutsleute ein Erbpacht- oder Nutzeigenthums- oder erbliches Nießbrauchsrecht haben. Im Fürstenthum Calenberg ist es allen Meiern gesetzlich untersagt, den Hof zu verlassen, und den Meiercontract einseitig aufzurufen c). Im Fürstenthum Lüneburg hingegen ist diese Frage bisjetzt nicht ausdrücklich bestimmt; aber eine genaue Erwägung aller Gründe

 muß

z) Runde deutsches Privatrecht, §. 523 ff.

a) M. vergl. Gesenius a. a. O. S. 145 ff.

b) z. B. in den Marschen der Aemter Winsen an der Luhe und Harburg. Verordnung wegen Redintegration der Bauergüter, vom Jahr 1699, §. 9. in corp. Const. Luneb. cap. 5. p. 144.

c) Calenberg. Meierordnung vom Jahr 1772, Cap. 8. §. 4.

muß auch in dieser Provinz für die verneinende Beantwortung derselben entscheiden. Zuvörderst kann der Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach ein jeder seinen Befugnissen entsagen darf, darum hierbey keine Anwendung finden, weil der Meiervertrag einen wechselseitigen Contract enthält, zu dessen Aufhebung beider Contrahenten Einwilligung erforderlich ist. Was von der Refutation eines Lehns gilt, läßt sich auf die Meierhöfe nicht anwenden. Beide Arten der Güter sind in den wesentlichsten Stücken von einander verschieden, und aus der bloßen Aehnlichkeit derselben läßt sich auf keine Gleichheit ihrer rechtlichen Natur schließen. Es ist schon an sich streitig, ob ein Vasall, der nicht zu unbestimmten Diensten, sondern zu bestimmten Prästationen, z. B. Zinslieferungen, verbunden ist, sein Lehn willkührlich aufgeben darf? Insonderheit tritt aber bey den Lehen- und Meiergütern der erhebliche Unterschied ein d), daß jene der Regel nach von der gewöhnlichen Contribution, den Hoheits- und Reibediensten frei sind, und der Lehnherr, wenn sie refutirt werden, den Vortheil der Consolidation genießt; diese hingegen dürfen von dem Gutsherrn nicht eingezogen werden e), und sie sind den öffentlichen und Gemeinheits-Lasten unterworfen. Der Staat könnte also selbst darunter leiden, wenn den Meiern, nach der Analogie des longobardischen Lehnrechts, eine unbedingte Refutation ihrer Höfe gestattet würde, und auch die Gutsherren würden dadurch sehr oft in Verlegenheit gerathen; weil es nicht immer so ganz leicht fällt, tüchtige Colonen zu erhalten. Auch der Erbenzinsmann darf den Erbenzinscontract nicht einseitig aufrufen. Freilich sind die Meier heut zu Tage keine Leibeigenen, keine glebae adscripti. Aber durch die ursprünglich gehabte oder erlangte persönliche Freiheit wird die übernommne wechsel-

d) de Selchow de differentiis praediorum rusticor. et feudor. in ej. elect. jur. germ. nro. 7. p. 387.

e) Carstens de successione villicali, cap. 1. §. 45.

wechselseitige Contractsverbindlichkeit nicht geschwächt, und so wenig der Gutsherr, ohne rechtlichen Grund, einseitig von seiner Zusage abgehen kann; eben so wenig darf dieses dem Gutsmanne gestattet werden, weil jeder Theil die Erfüllung der von dem andern übernommnen Verpflichtung fordern kann. Wollte übrigens der Meier den Gutsherrn durch vorsätzlich schlechte Wirthschaftsführung zur Annahme der Aufkündigung zwingen, so würde er sich selbst am meisten strafen; weil der Gutsmann alle Deteriorationen des Meiergutes aus seinem Allodialvermögen ersetzen muß. Dem Meier wird daher nur dann eine willkührliche oder einseitige Kündigung des Hofes gestattet werden dürfen, wenn er dem Gutsherrn entweder einen andern annehmlichen und tüchtigen Colonus zu stellen, oder gerechte und gegründete Ursachen zur Aufkündigung zu zeigen vermag. Zu den letztern würde man z. B. eine ganz übermäßige Beschwerung mit Zinsen und Diensten, eine bedeutende Verringerung des Meiergutes durch Kriegsverheerungen, Abbruch, Versandungen, Ueberschwemmungen, Wasserschäden und andere ähnliche Ursachen rechnen müssen, wodurch der Gutsmann in einen solchen unverschuldeten Zustand kömmt, daß ohne sein offenbares Verderben die gutsherrlichen Abgaben, Dienste und sonstigen Lasten nicht weiter erfolgen können, wenn keine verhältnißmäßige Herabsetzung und Verminderung derselben zugestanden werden will. Denn so wie dem Gutsherrn aus erheblichen Gründen die Abmeierung freistehet, eben so muß auch dem Gutsmanne die Kündigung des Hofes, wegen erheblicher Ursachen, billig gestattet werden. Die Königl. Justizcanzley zu Zelle erkannte am 7ten Febr. 1801 nach diesen Grundsätzen, in Sachen des Müllers Wenke w. das Amt Lüne, pto. Kündigung eines Meiergutes, auf folgende Weise: Nachdem der vom Kläger, jetzt Beklagten, Müller Wenke neben seiner Mühle cultivirte Hof in Ellern, da derselbe und seine Vorfahren solchen unlängst von Königl. Cammer meierrechtlich angenommen haben, für einen, nur auf Zeitpacht eingeräumten, Wüstenhof keinesweges zu halten

ten ist; nach den gemeinen und hiesigen Landesrechten aber, so wie die Gutsherren auf der einen Seite die Gutsleute nicht ohne erhebliche Gründe abmeiern können, so auch diese auf der andern Seite nicht befugt sind, den Meiercontract ohne dergleichen Gründe aufzukündigen und die wirthschaftliche Besorgung des Meiergutes zu verlassen, in so fern sie nicht dem Gutsherrn einen andern tüchtigen und ihm anständigen Meier verschaffen; Und denn Beklagter in dem vorliegenden Falle dergleichen erhebliche Gründe der Aufkündigung um so weniger dargethan hat, als das Vorgeben eines unverhältnißmäßigen Betrages der Lasten, gegen die Aufkünfte der Pertinenzen des Hofes, nicht nur ganz unerwiesen, sondern auch durch die Erfahrung widerlegt ist; es sich übrigens von selbst verstehet, daß, wenn Beklagter versuchen sollte, die Gutsherrschaft durch üble Wirthschaft zur Abmeierung zu nöthigen, derselbe nicht allein wegen aller rückständigen Gefälle und Dienste, auch andern dem Hofe obliegenden Lasten, ingleichen der demselben etwa zugefügten Deteriorationen, mit seinem Allodial verhaftet, sondern auch bey vorsätzlicher Verringerung des Meiergutes straffällig seyn würde; daß daher die vom Beklagten sich angemaßte Aufkündigung des Meierhofes für stattnehmig nicht zu achten, derselbe sämmtliche rückständige Onera aller Arten binnen 6 Wochen zu entrichten, auch alle durch Verlassung der Wirthschaft und Ackerbestellung etwa veranlaßten Schäden zu vergüten, und künftig bis dahin, daß er einen andern tüchtigen, der Gutsherrschaft anständigen, Meier verschafft haben möchte, mit richtiger Leistung seiner Pflichten fortzufahren schuldig.

Das Oberappellationsgericht bestätigte darauf dieses Erkenntniß mittelst Urtheils vom 5ten Jul. 1803.

LXXXIII.

LXXXIII. Erörterung.

Von der obrigkeitlichen Bestätigung der Verträge, nach den Churbraunschweig-Lüneburgischen Verordnungen.

Verträge und Contracte, welche auf einer wechselseitig bestimmt erklärten Willensmeinung, auf einem überlegten Versprechen, und dessen Annahme, beruhen, sind sowohl nach römischen, als deutschen Rechten vollkommen verbindlich; wenn sie von jedem, die unbefangene Entschließung hindernden, Zwange oder List frei, und von Personen eingegangen sind, die sich wegen ihrer Güter und Handlungen einander verbindlich machen können, und der Gegenstand des Vertrages eine Disposition der Privatpersonen zuläßt. Die obrigkeitliche Bestätigung solcher Verträge ist der Regel nach gar nicht nothwendig, und nur dann erforderlich, wenn sie besonders bedungen oder gesetzlich vorgeschrieben ist f). Das letztere ist, so wie in vielen deutschen Staaten, auch in den Churbraunschweig-Lüneburg. Landen in Hinsicht einiger Contracte der Fall g). Aber über die Folgen, welche die un-ter

f) Runde deutsches Privatrecht, §. 188. Danz Handbuch des deutschen Privatr. §. 188. Struben rechtl. Bedenken, Th. 1. B. 54. Schmidt Abhandl. verschiedener pract. Rechtsmaterien, B. 2. Nro. 30. Gräbe Bemerkungen über die gerichtl. Bestätigung. Rinteln 1799. Glücks Zusätze zum 1. B. s. Commentars, S. 28.

g) Für das Fürstenthum Lüneburg und Grubenhagen erfordert die Lüneburg. Policeyordnung vom 6. Oct. 1618, Cap. XI. §. 1, und für das Fürstenthum Calenberg die Verord-

terbliebene obrigkeitliche Bestätigung eines Vertrages nach sich ziehet, haben von jeher sehr differente Meinungen selbst in den hiesigen höhern Gerichtshöfen geherrscht, die vieleicht so lange fortdauern werden, bis jene, wirklich zu allgemein und unbestimmt abgefaßten, Verordnungen eine nochmalige Revision und genaue landesherrliche Bestimmung erhalten.

Unter den verschiedenen Meinungen, welche hierbey vorkommen, sind folgende auszuzeichnen. Einige sehen die in unsern Landesgesetzen vorgeschriebene, gerichtliche Bestätigung der Contracte als wesentliche Form an, halten daher ohne Unterschied jeden, nicht obrigkeitlich bestätigten, wenn gleich sonst perfecten, Vertrag für bloße unverbindliche Tractaten, und wollen, daß daraus gar nicht gerichtlich geklagt werden könne; weil derselbe, wegen nicht beobachteter Form, durch sich selbst nichtig und unverbindlich sey. Andere glauben, daß der Vertrag dann wenigstens die Contrahenten verbinde, wenn auf die gerichtliche Bestätigung ausdrücklich mit contrahirt ist. Noch Andere halten die gerichtliche Bestätigung blos für ein zur Erfüllung des Vertrages gehöriges Erforderniß, und den, unter den Contrahenten aussergerichtlich abgeschlossenen, Vertrag in so weit verbindlich, daß allezeit auf die Confirmation desselben geklagt werden könne. Endlich wieder Andere sind der Meinung, daß ein wirklich abgeschlossener Contract, der bislang unterbliebenen gerichtlichen Anmeldung ungeachtet, unter den Contrahenten in so weit verbindlich sey, daß zwar auf die Bestätigung desselben, auch wider den Willen des Gegentheils, geklagt werden könne; der Richter indeß die Befugniß habe, solche alsdann zu versagen, und dadurch den Vertrag unwirksam zu machen, wenn durch denselben die Rechte drit-

ordnung vom 4. Apr. 1620, die gerichtliche Bestätigung der Contracte. Struben a. a. O. a Pufendorf Adnimadv. 64. von Bülow und Hagemann pract. Erörter. B. 2. Nro. 54.

dritter Personen, oder das gemeine Beste gefährdet, oder aber der eine Contrahent durch den Vertrag, aus Einfalt und Sorglosigkeit, offenbar berückt und überschnellt wäre. Diese letztere Meinung scheint auch in der That dem Sinne und der Absicht jener, zu allgemein und unbestimmt abgefassten, Landesgesetze am angemessensten zu seyn.

Die angezogene Calenbergische Verordnung redet ganz klar nur von den Contracten der Bauern und Landleute, und ist mithin auf die übrigen Klassen der Staatsbürger nicht zu erweitern. Die Lüneburgische Policeyordnung hingegen disponirt allgemein von allen Unterthanen, die unter den Aemtern, Voigteyen oder Stadtgerichten stehen, obgleich die Rubrik des XI. Kap. vorzüglich nur der armen Leute h) erwähnt. Beide Gesetze geben ferner keine deutliche Bestimmung: ob alle und jede Verträge, oder nur die wichtigern, welche einen bedeutenden Gegenstand, z. B. Kauf-, Tausch-, Theilungs-, Erb-, Schenkungs-, Pfand-, Cessions-, antichretischen Versatz und überhaupt solche Contracte und Rechtsgeschäfte über Grundstücke betreffen, die ihrer Wichtigkeit wegen schriftlich abgefasst zu werden pflegen, gerichtlich angemeldet und bestätigt werden sollen? Wörtlich reden sie allerdings ganz allgemein von allen und jeden Verträgen und Contracten, und es würde daher nicht zum verwundern seyn, wenn der Verkauf eines einzigen Fuder Holzes, oder eines Stück Viehes, einem streitsüchtigen Bauer Veranlassung gäbe, auf diese Verordnungen zu provociren. In dieser Allgemeinheit und Unbestimmtheit derselben liegt daher ohne Zweifel der Grund, daß man z. E. Pacht- Mieth- Lieferungs- Societäts- Viehhandels- und andere Contracte,

h) In ältern Zeiten wurden die Leibeigenen und nachmals auch der Bauerstand überhaupt arme Leute genannt. Pottgiesser de Statu Serv. Lib. 1. c. 4. §. 17.

tracte, wodurch Jemand bewegliche Objecte an sich bringt, wohl niemals, wegen Mangels der gerichtlichen Bestätigung, für unverbindlich erklärt, und überhaupt den Einwand der unterlassenen obrigkeitlichen Bestätigung dann für unerheblich erkannt hat, wenn der Vertrag von den Contrahenten bereits vollstreckt und erfüllt ist i). Bey einem so allgemeinen redenden Gesetze scheint es daher nicht blos erlaubt, sondern nothwendig zu seyn, auf die ausgedruckten Beweggründe desselben zu sehen, um daraus den Endzweck und die Absicht des Gesetzgebers zu entwickeln.

Die Lüneburgische Policeyordnung will nun, daß durch die gerichtliche Bestätigung und Mitwirkung des Richters den Contrahenten der Beweis erleichtert und daher jede Ungewißheit des Contracts, sie mag in der Sache selbst, oder in den Worten, Ausdrücken und Wendungen liegen, möglichst verhütet werden soll, damit die Unterthanen, wegen des mangelnden Beweises, in keine unnützen und geldfressenden Processe gerathen. Das Gesetz disponirt aber dabey nicht, daß ein jeder Contract gerade vor Gericht, oder in Gegenwart der Gerichtspersonen von den Contrahenten solle verabredet, geschlossen und zum Stande gebracht werden; vielmehr ist bloß verordnet, daß der Contract bey dem Gerichte, darunter derselbe **geschlossen und vollzogen wird**, bey Pön der Annullation oder Vernichtigung des Vertrages, **unnachlässig angemeldet** und in das **Gerichtsbuch eingetragen werden solle.** Es muß also doch

i) Struben rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 124. Schmidt a. a. O. §. 10. Bülow und Hagemann a. a. O. Aber demungeachtet berufen sich streitsüchtige Parteyen, wenn auch der Vertrag schon seit vielen Jahren erfüllt gewesen ist, sehr häufig auf diese Verordnungen, und treiben die Sache durch alle Instanzen, ohne zu hoffenden günstigen Erfolg. Auf die Weise werden dann durch jene Gesetze viele Streitigkeiten und Gezänke vor Gericht veranlaßt, welchen doch gerade vorgebeuget werden sollte.

doch allemal erst ein verbindlicher Contract geschlossen seyn, ehe die Anmeldung und Bestätigung desselben geschehen und erfolgen kann. Das Gesetz bestimmt überdies gar keinen gewissen Termin zur Anmeldung, oder binnen welcher Zeitfrist um die gerichtliche Bestätigung nachgesucht werden soll, und es verordnet auch nirgends, daß in der Zwischenzeit derjenige, welcher nun etwa keine Neigung mehr hat, seines Orts den Vertrag zu halten, durch seine Reue einseitig vor der Confirmation, ohne Schadloshaltung des andern, von demselben solle abspringen dürfen. Die gerichtliche Bestätigung der Contracte scheint daher mehr des Beweises, als der Form wegen vorgeschrieben zu seyn, und unter dieser Voraussetzung muß es, nach der Lüneburg. Policeyordnung, einem der Contrahenten auch freistehen, wider den Willen des andern, auf die Bestätigung eines Vertrages zu klagen, der an sich rechtsgültig abgeschlossen ist.

Die Calenbergische Verordnung scheint freilich auf die unterlassene gerichtliche Bestätigung die Strafe der Nichtigkeit gesetzt zu haben; denn die Schlußworte derselben besagen: „Daß künftig kein Vertrag der Bauersleute bündig und kräftig seyn, noch darauf erkannt, oder darüber gehalten werden solle, darin die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht observirt, oder in Acht genommen worden.“ Wenn man aber auf die Veranlassung derselben zurücksiehet, weil nemlich die Prediger und Schulmeister, ohne Sachkenntniß, die Contracte zu entwerfen pflegten, und dann weiter die Absicht erwägt, welche bey derselben zum Grunde liegt; so scheint darin die Klage, welche auf die gerichtliche Bestätigung selbst gerichtet werden kann, keineswegs ausgeschlossen zu seyn. Nach dem Zwecke der Verordnung soll dadurch das vielfältige Gezänk, wodurch die armen Leute ausgesogen und verderbet werden, vermieden; ferner verhütet werden, daß durch den Contract dem öffentlichen und landesherrlichen Interesse, wegen der Dienste, Landfolgen und anderen Gebührnisse, kein Eintrag geschehe, und daß endlich kein Unmündiger, oder Einfältiger durch den Vertrag, wider die Billigkeit vervortheilt

oder

oder überschnellt werde. Der Richter soll jedesmal diese Rücksichten genau beobachten, und keinen Contract bestätigen, der denselben entgegen ist. Nach dem Sinne und der Absicht dieses Gesetzes scheint daher auch aus einem, unter Landleuten aussergerichtlich geschlossenen, Vertrage auf die gerichtliche Vollziehung desselben geklagt werden zu können. Bey einer deßhalb erhobenen Klage hat alsdann der Richter zu untersuchen, ob die gerichtliche Bestätigung Statt finden kann, d. h. ob nicht der eine, oder andere Theil dabey überschnellt, verkürzt, oder das landesherrliche Interesse gefährdet ist? Tritt einer dieser Fälle bey der richterlichen Prüfung des Contracts ein, so darf die gerichtliche Bestätigung nicht ertheilt werden, und dadurch wird alsdann der ganze Handel unwirksam und rückgängig. Zeigt sich aber das Gegentheil, und kann mit Grunde wider die Rechtsbeständigkeit des Contracts sonst nichts Erhebliches beygebracht werden; so darf derselbe, ohne der Absicht der Verordnung entgegen zu handeln, wider den Willen des Gegners, gerichtlich bestätigt, und auf die Weise der Endzweck der Verordnung, mit der Heiligkeit an sich gültiger Verträge und Zusagen vereinigt werden. Zugleich ergiebt sich auch hieraus der Unterschied zwischen einer auf die wirkliche Erfüllung eines aussergerichtlich abgeschlossenen Contracts und der auf die bloße Bestätigung desselben gerichteten Klage. Die letztere präparirt erst eigentlich jene, und es hat bey derselben das richterliche Ermessen in Hinsicht der Frage Statt: ob der Contract auch von der Beschaffenheit ist, daß er gerichtlich vollzogen und die Confirmation darüber ertheilt werden kann? welches arbitrium bey der auf die Erfüllung eines, bereits bestätigten, Contracts gerichteten Action ganz hinwegfällt. Uebrigens ist auch in neuern Zeiten nach diesen Grundsätzen vom höchsten Tribunale, unter andern am 18. Dec. 1788 in Sachen Leiding w. Heitmüller, pto. heredit. und am 12. Sept. 1803 in Sachen Meswary w. Meyer, pto. emti venditi, geurtheilt.

Register

zum vierten Bande der practischen Erörterungen.

(Die beygesetzte Zahl zeigt die Seite an.)

Bene-

C.

Can-

Ehe

Em-

Ex-

G.

Göt-

Holz,

Justiz-

K.

Kosten,

M.

Mar-

N.

O.

P.

Q.

R.

S.

Sepa=

T.

Tausch-

U.

V.

W.

An das juristische Publikum.

D. Mevii Decisiones super causis praecipuis ad praedictum tribunal. regium delatis. Editio decima; variis accessionibus et emendationibus commendabilis praefatus est L. J. Hoepfner. 2 Tomi,

haben wir jetzt nebst dem Verlagsrechte käuflich an uns gebracht, und erbieten uns, dieses Werk, dessen Werth längst anerkannt ist, statt des bisherigen Ladenpreises von 13 Rthlr. 8 ggr., für 10 Rthlr. bis Ende dieses Jahrs zu erlassen, und wird darauf bey uns und in allen Buchhandlungen Bestellung angenommen.

Hannover,
im August 1804.

Gebrüder Hahn.

Folgende empfehlungswerthe juristische Schriften sind in allen Buchhandlungen zu haben:

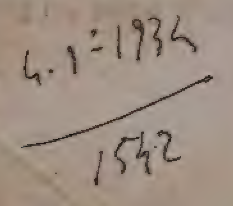
Das Zellesche Stadtrecht, von neuem herausgegeben und mit erläuternden practischen Anmerkungen begleitet von Theodor Hagemann. Hannover, im Verlage der Gebr. Hahn. 18 gGr,

Dieses Werk muß, als ein schätzbarer Beytrag zu der Geschichte statutarischer Rechte, die Aufmerksamkeit eines jeden ausübenden Juristen verdienen. Die Bestimmungen der Zelleschen Statuten sind sehr vollständig, und können in dieser Hinsicht auch als Muster guter Einrichtungen für andere Städte dienen. Die Anmerkungen des Herausgebers enthalten einen Schatz der trefflichsten Reflexionen über practische Gegenstände, welche für den Practiker ein großes Interesse haben.

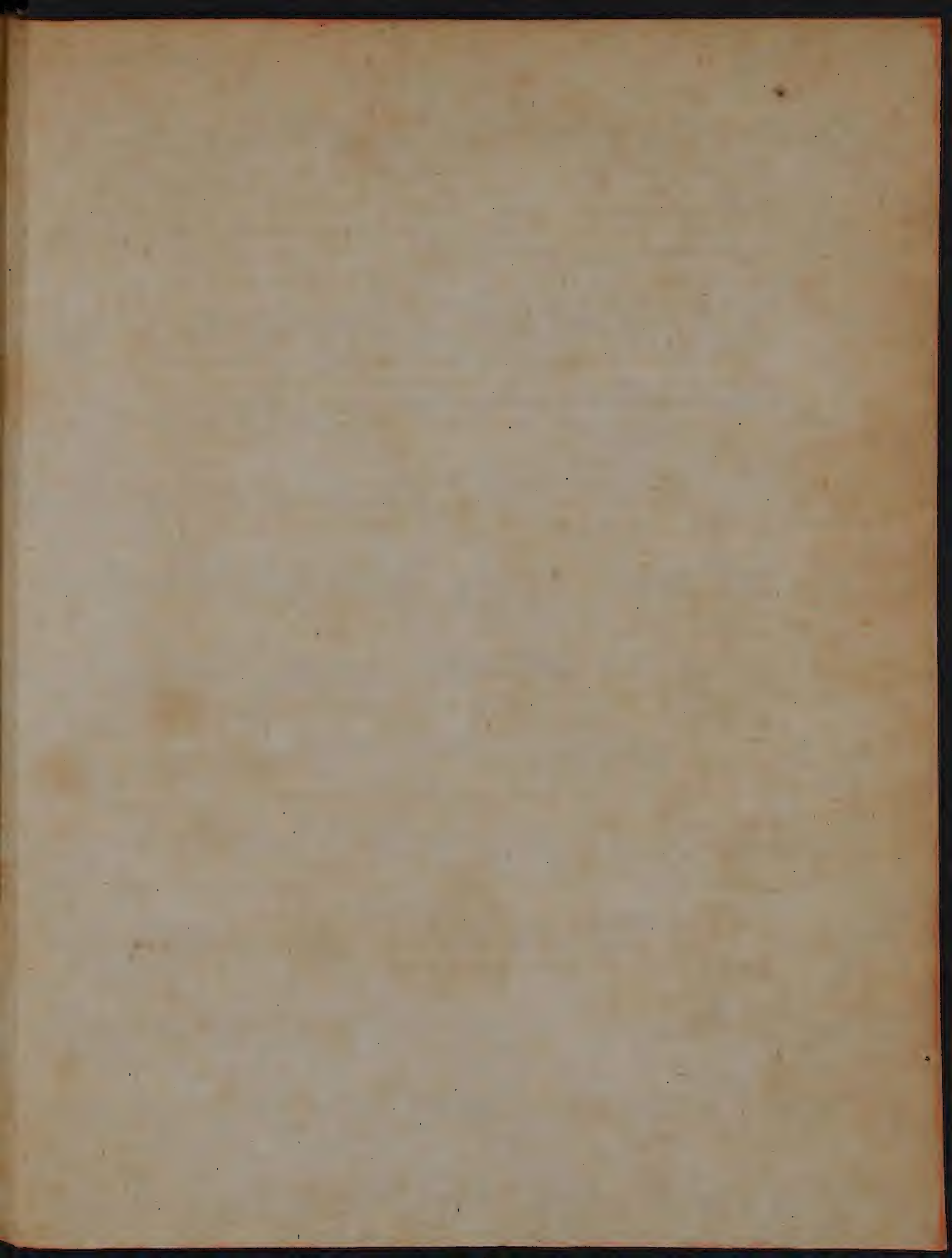
Bergs, G. H. von, Handbuch des teutschen Polizeirechts, 1r Bd., zweite verbesserte und vermehrte Aufl. 8. 801. 1 Rthlr. 4 ggr.
Desselben Buchs 2r Bd., zweite verbesserte und vermehrte Auflage; gr. 8. 802. 1 Rthlr. 2 ggr.
Desselben Buchs 3r Bd., zweite verbesserte u. verm. Aufl. gr. 8. 802. 1 Rthlr. 18 ggr.
Desselben Buchs 4r Bd. gr. 8. 804. 2 Rthlr. 12 ggr.
Dessen Zusätze u. Verbesserungen, für die Besitzer der 3 Bände der ersten Auflage des Handbuchs des Polizeyrechts, gr. 8. 802. 5 ggr.
Dessen Beobachtungen u. Rechtsfälle, 2 Bde. gr. 8. 802 u. 804. 2 Rthlr.
Böttcher, G. H., quae sint origines et fundamenta distinctionis inter jurisdictionem contentiosam et voluntariam etc. 8 maj. 4 ggr.
Bülow, Fr. von, u. D. Th. Hagemanns praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, hin u. wieder mit Urtheilssprüchen des höchsten Tribunals und der übrigen höhern Justizhöfe bestärkt, 1r Bd. 4. 798. 1 Rthlr. 18 ggr.
Desselben Buchs 2r Bd. 4. 799. 2 Rthlr.
— — 3r Bd. 4. 801. 2 Rthlr. 12 ggr.
(Alle 3 Bände complet 6 Rthlr. 6 ggr.)
Dehns, G. P. J., Entwurf einer Classificationstabelle der Gläubiger bei Concursen 2c. 4. 793. 10 ggr.
Hagemanns, Th., kleine jurist. Aufsätze, 2 Thle. gr. 8. 794. 17 ggr.
Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, herausgegeben von den Gebrüdern Overbeck, 1r Bd. 3te verb. Aufl. 8. 796. 16 ggr.
— 2r Bd. 3te verb. Aufl. 8. 796. 16 ggr.
— 3r Bd. 3te verb. Aufl. 8. 802. 16 ggr.
— 4r Bd. 3te verb. Aufl. 8. 803. 16 ggr.
— 5r Bd. 3te verb. Aufl. 8. 800. 20 ggr.
— 6r Bd. nebst einem Hauptregister über die ersten 6 Bde. 8. 802. 16 ggr.
— 7r Bd. 8. 796. 16 ggr.
— 8r Bd. 8. 801. 20 ggr.
— 9r Bd. 8. 801. 20 ggr.
(Alle 9 Bde. compl. 6 Rthlr. 12 ggr.)

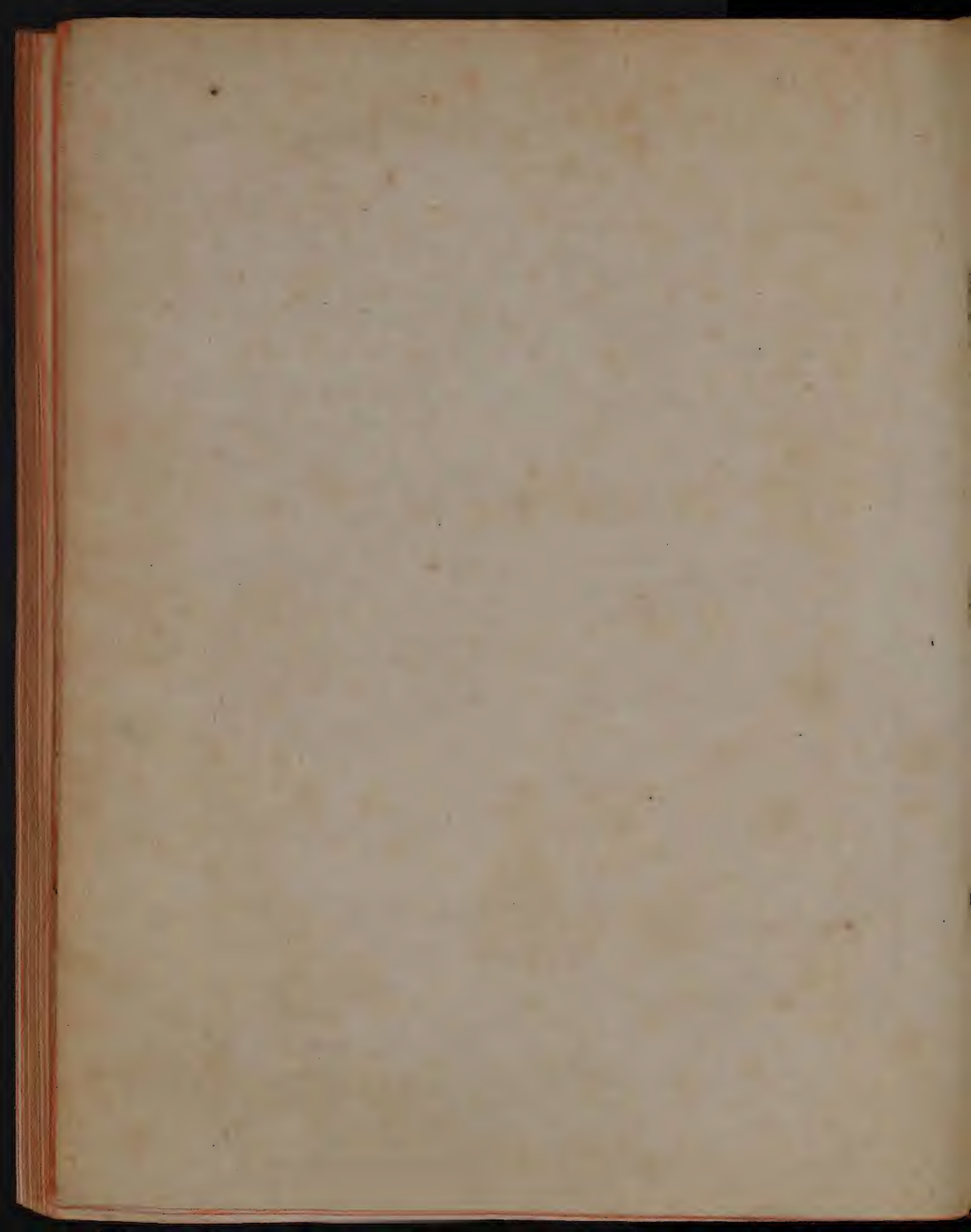
Nachricht für den Buchbinder:

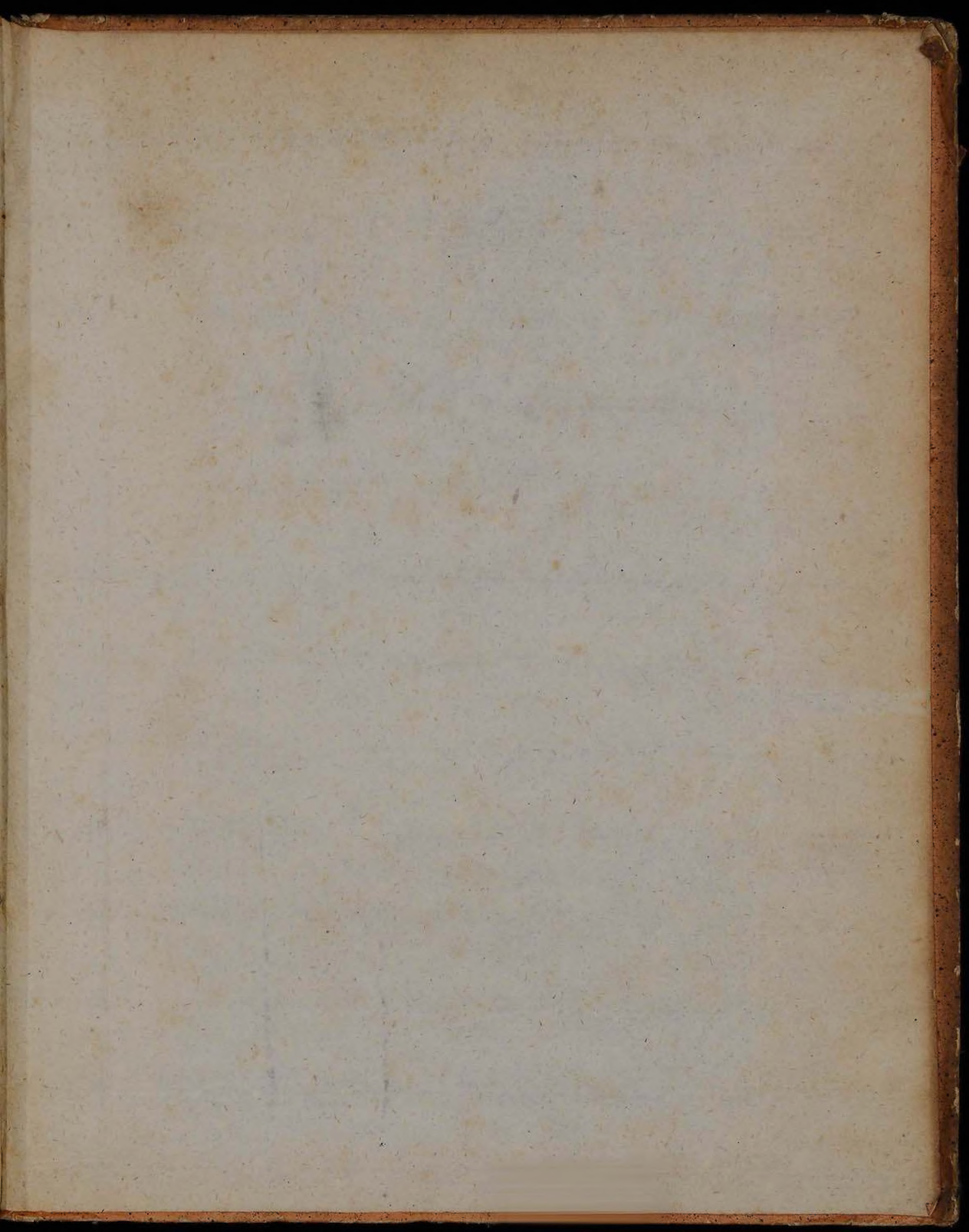
Der Titelbogen dieses Werks wird im Mittelstege zerschnitten, und dann jede Hälfte als halber Bogen gefalzt.

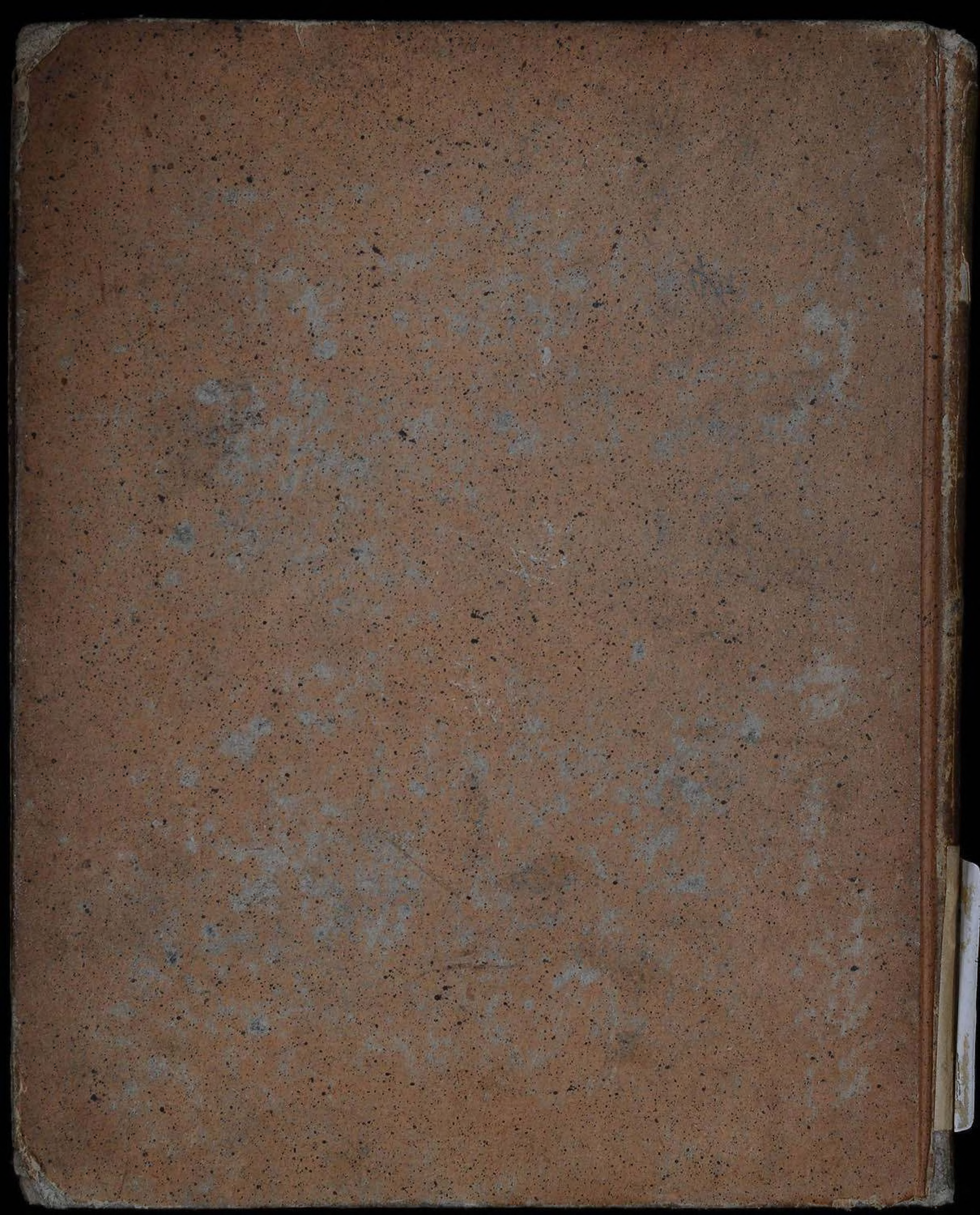












Erörterungen
4. Band

ist aber das letzte ⅕ den darin eingesetzten drei Halbgeschwistern nicht in solidum, oder einem jeden das Ganze hinterlassen; vielmehr bestimmen die Erblasser ausdrücklich: daß sie zusammengenommen …

Von mehrerm …
druck: diese zusa…
ta geschehen sey. B…
mehrere in einer und…
der Theile — pro i…
Der vorliegende Fa…
welche man als Be…
lich anzuführen pfleg…
der drei Halbgeschw…
hierauf, ohne jedem…
letzte Fünftheil zusa…
Nimmt man nun an, …
Testaments eine conju…
alle drei für eine Per…
ihnen, mit Ausschluß…
disjunctim, nemlich…
sind, das jus accr…
lichen ⅕ stattgefund…

conjuncti viden…
Madihn prin…
accrescendi §. 1…

i) Hellfeld juri…

k) L. 89. D. de le… sius und Bac… §. 1036 ff.

l) L. 63. D. de hered. instit. [illegible] von der Erbfolge, §. 135.



Erwägt man aber den ganzen Zusammenhang der angeführten Stelle des Testaments und die Absicht der Erblasser, so scheint mehr eine bloße conjunctio verbalis, als mixta angenommen werden zu müssen. Denn die drei Halbgeschwi-
…ort „und" mit den übrigen in
…nter sich mit Buchstaben wie-
…e verordnet wird: „diese zu-
…ftel haben". Nach der In-
…satz nicht dispositionis, son-
…la gemacht, um anzudeuten,
…ie die vollbürtigen Geschwister,
…aß sie zusammen das letzte ⅕,
…⅕ des ganzen Nachlasses, erben
…sdruck: diese zusammengenom-
…e Halbgeschwister durch Buch-
…unter ihnen eine Theilung des
…te, wenn gleich die ausdrück-
…elben, als überflüssig, unter-
…e Halbgeschwister blos verbali-
…nd mit Beyfügung der Theile,
…eb es wiederum sehr zweifelhaft,
…s accrescendi zugesprochen wer-

Ob

…um quantitas divisa videtur. L. 7.
…56. D. de condit. et demonstr.
…ure accrescendi inter verbis con-
…r coheredes verbis tantum con-
…keine Statt finde. Ist diese Mei-
…örtlich verbundene Miterben nicht
…werden, und folglich auch die, der
…ben nicht ausschließen. Kein gerin-
…ser Behauptung scheint die L. 63.